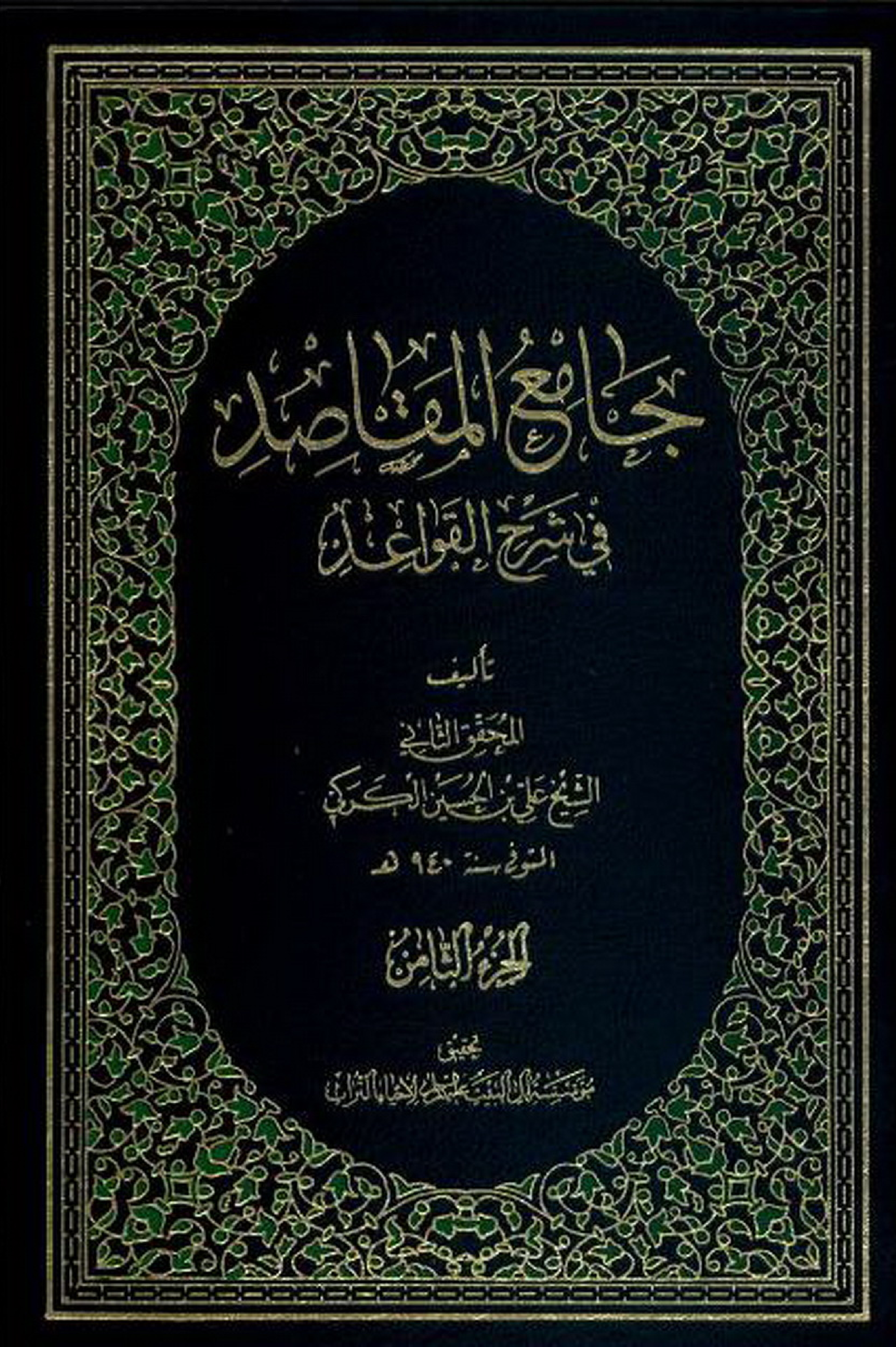

جامع المقاصد
في شرح القواعد
تأليف
المحقق الثاني
الشيخ علي بن الحسين الكركي
المتوفى سنة ٩٤٠ هـ
الجزء الثامن
تحقيق
مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث



جامع المقاصد

في شرح القواعد


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

جامع المقاصد

في شرح القواعد

تأليف

المحقق الثاني

الشيخ علي بن الحسين الكركي

المتوفى سنة ٩٤٠ هـ

الجزء الثامن

تحقيق

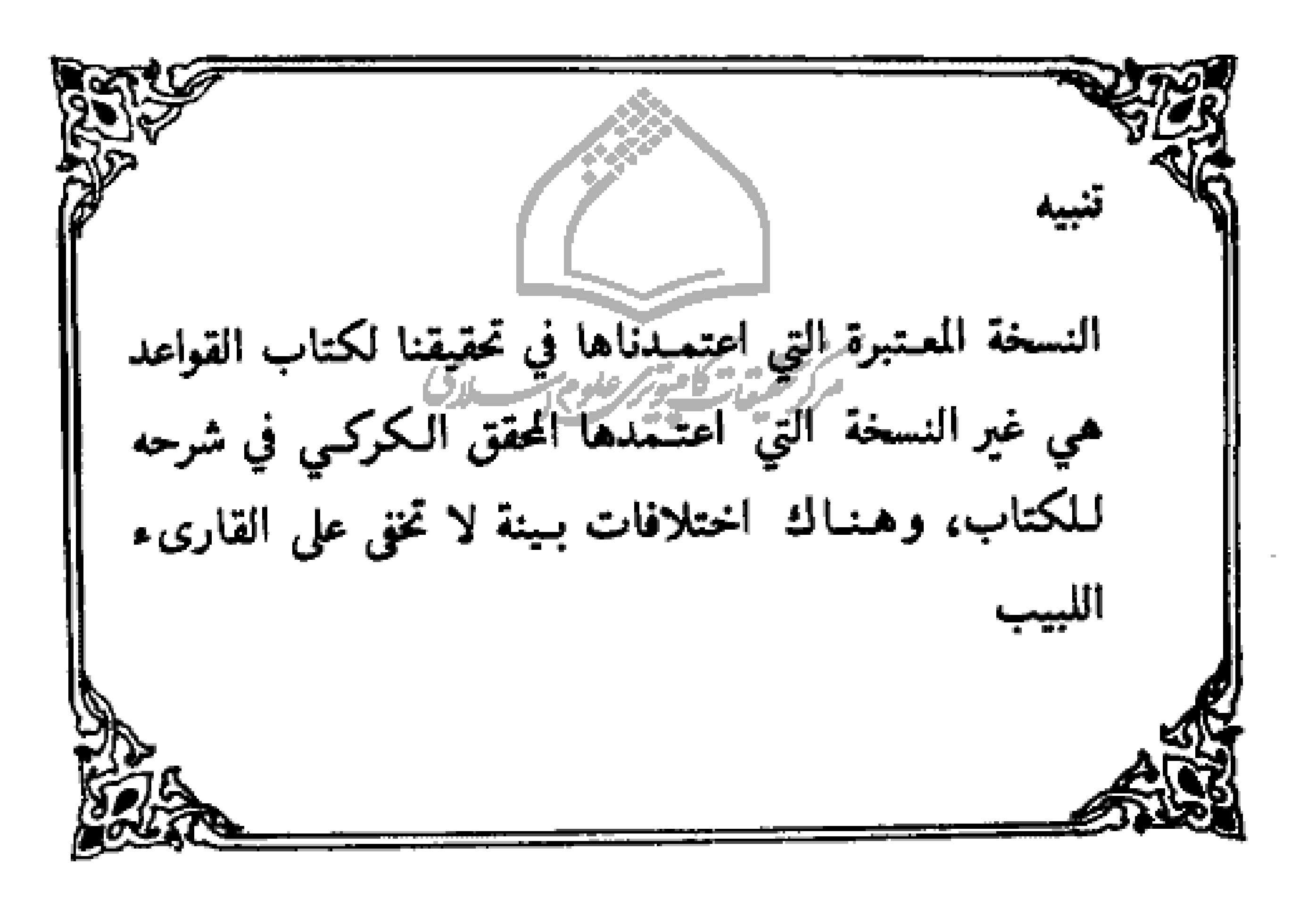
مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

الطبعة الثانية
١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م

مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

بيروت - لبنان - ص ب ٢٤/٣٤ - تلفاكس ٥٤١٤٣١ - هاتف ٥٤٤٨٠٥
E-mail:alalbayt@inco.com.lb


بسم الله الرحمن الرحيم



تنبيه

النسخة المعتبرة التي اعتمدناها في تحقيقنا لكتاب القواعد هي غير النسخة التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه للكتاب، وهناك اختلافات بينة لا تخفى على القارىء اللبيب

المقصد الرابع : في الشركة ، وفيه فصلان :

الأول : الماهية ، وهي اجتماع حقوق الملّاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع ،

قوله : (المقصد الرابع : في الشركة : وفيه فصلان : الأول : الماهية ، وهي اجتماع حقوق الملّاك في الشيء الواحد علىٰ سبيل الشياع) .

الشركة ، بكسر الشين واسكان الراء ، وفتحها وكسر الراء : هي ماذكره المصنف ، ولاريب أن المراد بالواحد : هو الواحد بالشخص ، فإن ذلك هو المتبادر للافهام ، لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف .

فلا يكون ذكر الشياع لاخراج اجتماع الحقوق في الجنس مثلاً مع اختصاص كلٍ بفرد ، بل لاخراج اجتماع الحقوق في الشيء الواحد بالشخص علىٰ البدل ، كاجتماع حقوق أرباب الزكاة والخمس ، والمجتمعين علىٰ معدن أو مباح ، ونحو ذلك يتعذر فيه الاجتماع فإن ذلك اجتماع لكن لا علىٰ سبيل الشياع .

كذا في حواشي شيخنا الشهيد ، قال : فإن قيل تخرج هذه بقوله : (الملّاك) ، قلنا : الملك المراد به الاستحقاق ، حذراً من المجاز والاشتراك وهو حاصل في الكل .

وفيما قاله نظر ؛ لأن موضوع لفظ الملك أخص من موضوع لفظ الاستحقاق مطلقاً ، لثبوت ذلك في كلامهم ، ولا مجاز ولا اشتراك ، فيكون اجتماع الحقوق المذكورة خارجاً بقوله : (الملّاك) ، بل الصواب أن يقال : إن قيد (الشياع) لاخراج اجتماع حقوق الملّاك في الشيء الواحد لا كذلك ، كما لوكان خشب البيت لمالك ، وباقي آلات بنائه لآخر ، وأرضه لثالث فإنه

لا شركة هنا مع الاجتماع إذ لا شياع .

والمراد بـ (الملاّك) : ما زاد علىٰ واحد ، كما هو واقع في معظم التعريفات . وفي التعريف نظر ؛ لانتقاضه بالشركة في القصاص ، وحد القذف ، والخيار ، والرهن ، والشفعة ، ونحو ذلك ، فإنه ليس هناك ملك حقيقي فلا مالك حقيقة . وقد صرحوا بأن هذا أحد أقسام الشركة الثلاثة .

ولا يخفىٰ أن هذا التعريف لا يشمل بقية أقسام الشركة كشركة الأبدان ، والوجوه . ولا حرج لأن المعرف هو الشركة الصحيحة عندنا .

لكن بقي هنا شيء ، وهو : أن قوله فيما بعد : (وأركانها ثلاثة : المتعاقدان، . . .) الظاهر أن الضمير يعود إلىٰ الشركة التي تقدم تعريفها ، وركن الشيء معتبر في جميع أفراده لا محالة . مع أن التعريف الذي ذكره يتناول اجتماع المالين كذلك بغير عقد وبغير اختيار ولا قصد ، فإن كان غرضه البحث عن الشركة التي يجوز معها التصرف فحقه أن يعرف هذا القسم ، وإن كان غرضه البحث عن أحكام مطلق الشركة فعليه أن يقيّد قوله : (وأركانها . . .) .

فإن قيل : ما المعنىٰ الحقيقي للشركة ؟

قلنا يحتمل أن يكون لها معنيان ، فيكون اللفظ مشتركاً بينهما : أحدهما أعم ، وهو الذي عرفه في أول الباب .

والآخر أخص ، وهو الذي أراده بقوله : (وأركانها) .

ويحتمل أن يكون الأول حقيقة لغوية مجازاً شرعياً ، إلا أن التعريف في كلام الفقهاء للأول ليس لفظياً علىٰ قانون اللغة بل هو صناعي ، فظهر أنه معنى شرعي . ولهذا يطلقون الشركة ويريدون هذا ، ويرتبون عليه عدة أحكام .

والمحل إما عين ، أو منفعة ، أو حق .

وسبب الشركة قد يكون إرثاً ، أو عقداً ، أو مزجاً ، أو حيازة بأن يقلعا شجرة ، أو يغرفا ماء دفعة بآنية .

وكيف كان فالمقصود الأصلي للفقهاء هو الثاني ، فإن باعتباره تنتظم الشركة في قسم العقود ، ويرتبط البحث عنها بالبحث عما قبلها وما بعدها ، وتجري عليها أحكام الفساد والصحة ، فكان حقه أن يعرفها في أول الباب بهذا المعنىٰ ، لتكون الأبواب علىٰ وتيرة واحدة .

والأحسن ما يقال في تعريفها : أنها عقد ثمرته جواز تصرف الملّاك للشيء الواحد علىٰ سبيل الشياع ، ولا يدخل فيه المستحقون للإرث ونحوهم .

قوله : (والمحل إمّا عين ، أو منفعة ، أو حق) .

هذه أقسام متعلق الشركة ، وهو ظاهر . والاشتراك في المنفعة بالإجارة ، والحبس ، والإرث ، ونحو ذلك .

قال المصنف في التحرير : والوقف[1] ، وهو غير ظاهر ؛ لأنه إن كان علىٰ معيّن فالاشتراك في الأصل ، أو غيرهم فلا اشتراك . وأراد بالحق ما سوىٰ العين والمنفعة كالقصاص .

قوله : (وسبب الشركة قد يكون إرثاً ، أو عقداً ، أو مزجاً) .

الإرث يجري في الأقسام الثلاثة ، وكذا العقد كما في الخيار ، وأما المزج فلا يكون إلا في الأعيان .

قوله : (أو حيازة . . .) .

من الحيازة أن يشتركا في نصب حبالة الصيد ، أو رمي السهم المثبت

---

(١) التحرير ١ : ٢٧٢ .

وأقسامها أربعة :

شركة العنان : وهي شركة الأموال .

له ولو مجازاً .

قوله : (وأقسامها أربعة) .

أي : أقسام الشركة في الجملة لا الشركة التي سبق تعريفها ، ولا محذور في ذلك ؛ لأن التقسيم يتوسع فيه بخلاف التعريف إذ هو للتبيين .

وقد سبق مثل ذلك في الطهارة ، حيث ذكر في تقسيمها مالا يقع عليه اسم الطهارة حقيقة ، ولا ينطبق عليه تعريفها .

قوله : (شركة العنان : وهي شركة الأموال) .

العنان ككتاب : سير اللجام الذي تمسك به الدابة قال المصنف في التذكرة : فأما شركة العنان فإن يخرج كل مالاً ويمزجاه ، ويشترطا العمل فيه بأبدانهما[١] .

وقد اختلف فيما اخذت منه هذه اللفظة : فقيل من عنان الدابة ، إما لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف ، واستحقاق الربح علىٰ قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان ، أو كاستواء الفارسين إذا سوّيا بين فرسيهما في السير ، أو لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف كما يشتهي كمنع العنان الدابة .

وإما لأن الأخذ بعنان الدابة حبس إحدىٰ يديه علىٰ العنان ، ويده الاخرىٰ مطلقة يستعملها كيف شاء . كذلك الشريك منع بالشركة نفسه من التصرف في المشترك كما يريد ، وهو مطلق اليد بالنظر إلىٰ سائر أمواله .

وقيل : من عنّ إذا ظهر ، إما لأنه ظهر لكل منهما مال صاحبه ، أو لأنها

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢ : ٢١٩ .

وشركة الأبدان : بأن يشترك إثنان فصاعداً فيما يكتسبونه بأيديهم ، تساوت الصنعة أو اختلفت .

وشركة المفاوضة : وهي أن يشتركا فيما يتساويان من مال ، ويلتزمان من غرم بغصب أو بيع فاسد .

أظهر أنواع الشركة ، ولذلك أجمع على صحتها[١] .

وقيل : من المعانة ، وهي المعارضة ، فإن كل واحد منهما عارض بما أخرجه من ماله ما أخرجه الآخر[٢] .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ما عرّف به المصنف هنا شركة العنان تعريف بالأعم ، والتعريف الصحيح هو ما ذكره في التذكرة[٣] ؛ لانطباق الأحكام عليه مثل قوله : (وأركانها ثلاثة) وغير ذلك .

قوله : (وشركة المفاوضة ، وهي أن يتشاركا فيما يتساويان من مال ، ويلتزمان من غرم بغصب أو بيع فاسد) .

شركة المفاوضة : هي عبارة عن أن يشترك الشخصان ليكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ، ويلتزمان من غرم ، وما يحصل لهما من غنم . فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية ، وضمان غصب ، وقيمة مُتلَف ، وغرامة لضمان ،أو كفالة . ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث ، أو يجده من ركاز أو لقطة ، أو يكتسبه في تجارته بماله المختص به .

إذا عرفت ذلك ، فقول المصنف : (فيما يتساويان من مال) لا موقع[٤] للتساوي هنا بل هو مفسد للمعنى ، فإن مقتضى هذه الشركة الاشتراك في كل

---

(١) المصدر السابق .

(٢) التذكرة ٢ : ٢١٩ .

(٣) التذكرة ٢ : ٢٢١ .

(٤) في « هـ » : موضع .

وشـركة الـوجوه : وهي أن يبيـع الوجيـه مال الخـامل بـزيادة ربـح ليكون له بعضه ،

ما يحصل لكـل منهما من غنم أو غـرم . أما اشتـراكهما فيمـا يتساويـان فليس بجيد ، ولو قال بدله : فيما يكتسبان سلم من هذا .

ثم قـوله : (ويلتـزمان من غـرم بغصب ، أو بيع فـاسد) ظـاهـره قصـر الاشتـراك في الغرم علىٰ هـذين النـوعين ، وليس كـذلـك ، إذ لا يستثنىٰ من الاشتراك في هذا النوع من الشركة عند القائل به مما يتملكه أحدهمـا إلا قوت يومه ، وثياب بدنه ، وجاريته يتسرىٰ بهـا ، فإنه لا يشاركـه الآخر فيهـا . وإلاّ الجناية علىٰ الحر ، وبذل الخلع والصداق إذا لزم أحـدهما فـإنه لا يؤاخـذ به الآخر ، فظهر أن العبارة لا تخلو من قصور .

قولـه : (وشركة الوجوه : وهي أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيـادة ربح ليكون له بعضه) .

قال المصنف في التذكرة : شركـة الوجـوه فُسرت بمعـان أشهرهـا : أن يشترك إثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما ليبتاعا في الذمـة إلىٰ أجل ، علىٰ أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما ، ثم يبيع كل منهما ما اشتراه ويؤدي منه الثمن ، فما فضل فهو بينهما .

وقيل : أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوّض بيعه إلىٰ خامـل ، ويشترطـا أنْ يكون الربح بينهما .

وقيل : أن يشترك وجيـه لا مال لـه وخامـل ذو مال ، ليكـون العمل من الوجيه والمـال من الخامـل وهو في يـده لا يسلمه إلىٰ الـوجيه ويكـون الربـح بينهما .

وقيل : أن يبيع الوجيه إلى آخره[1] ، وهو ما ذكره المصنف . فـظهر أن

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٢٠ .

والكل باطل سوى الأول .

وأركانها ثلاثة :

العاقدان ، ويشترط فيهما أهلية التوكيل والتوكل .

ما توهمه العبارة من الحصر غير جيد ، ولو أنه اقتصر علىٰ المعنىٰ المشار لم يخل من وجه .

قوله : (والكل باطل سوىٰ الأول) .

أي : سوىٰ شركة العنان وذلك باتفاقنا ، وبه قال أكثر العامة[١] ، وقول ابن الجنيد هنا بجواز شركة الوجوه وشركة الأعمال شاذ[٢] ، قد لحقه الإجماع فلا يعتد به .

والمراد ببطلانها : عدم ترتب أثرها عليه ، أما شركة الأبدان ، فلأنهما إن عملا كان لكل منهما اجرة عمله إن تميّز ، قليلة كانت أو كثيرة . ومع الاشتباه فسيأتي إن الأصح الصلح ، وإن كان مع ذلك فيه معنىٰ شركة العنان لامتزاج المالين . وإن عمل أحدهما فلا شيء للآخر في اجرة عمله .

وأما شركة المفاوضة ؛ فلأن كل ما انفرد به أحد الشريكين من تجدد مال ، أو ثبوت غرم فهو مختص به . ولو كان في مال أحدهما المتجدد من جنسه مال للآخر فسدت شركة المفاوضة ، وانقلبت إلىٰ شركة العنان .

وأما شركة الوجوه ، فإن أحدهما إذا اشترىٰ من دون توكيل الآخر له ، أو مع قصد اختصاصه بالشراء فلا حق للآخر في الربح ، وإن وكله فاشترىٰ لهما فقد تحققت شركة العنان .

قوله : (وأركانها ثلاثة : العاقدان ، ويشترط فيهما أهلية التوكيل

---

(١) المجموع ١٤ : ٦٨ ، والمغني لابن قدامة ٥ : ١٢٢

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف : ٤٧٩ .

والصيغة : وهي ما يدل على الإذن في التصرف ، ويكفي قولهما : اشتركنا .

والمال : وهو كل ما يرتفع الامتياز مع مزجه ، سواء كان أثماناً أو عروضاً أو فلوساً .

والتوكل . والصيغة : وهو ما يدل على الاذن في التصرف ، ويكفي قولهما: اشتركنا . والمال : وهو كل ما يرتفع الامتياز به مع مزجه سواء كان أثماناً ، أو عروضاً ، أو فلوساً) .

السياق يقتضي عود الضمير في قوله : (وأركانها) إلىٰ ما سماه (شركة العنان) في الأقسام الأربعة ، وهو الذي ينطبق عليه تعريف الشركة في صدر الباب ، مع أن هذا القسم لا يتوقف تحقيقه على الأركان المذكورة . إذ لو خلط الشخصان مالهما من غير صيغة ، بحيث لا يتميزان تحقق هذا المعنىٰ ، بل لو اختلط المالان من غير قصد ، أو كانا لصبيين أو مجنونين تحقق ذلك ، فلا تكون هذه أركاناً للشركة بهذا المعنىٰ .

وتنقيح الباب : أن المقصود الأصل بالشركة هو التجارة والاستنماء ، والأخبار شاهدة بذلك ، مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام : « شاركوا من أقبل عليه الرزق فإنه أجلب للرزق »[١] ، وغيره[٢] .

فالأركان المذكورة للشركة ، المنظور فيها إلىٰ المقصود السابق ، وهي الدائرة علىٰ ألسنة الفقهاء ، ويدخلون البحث عنها في جملة البحث عن العقود ، ويجعلونها من أقسامها ، ويحكمون بتوارد الصحة والبطلان عليها . ولولا ذلك لم يصح شيء من ذلك ، إذ امتزاج المالين ليس من العقود في شيء . ولا يتصور وقوعه إلا علىٰ وجه واحد ، فلا يتصور فيه الصحة

---

(١) نهج البلاغة ٥٠٩ حديث ٢٣٠ .

(٢) سنن البيهقي ٦ : ٧٨ ـ ٧٩ ، سنن ابي داود ٣ : ٢٥٦ حديث ٣٣٨٣ .

. . . .

والبطلان .

ولما لم يلحظ الشارح الفاضل ولد المصنف[١] ، وشيخنا الشهيد هذا المعنىٰ ارتكبا المجاز في قول المصنف فيما بعد .

وقيل : تبطل ، إلا أن تُشترط الزيادة للعامل ، حيث نزّلا بطلان الشركة علىٰ إرادة بطلان الاذن ، وهو بعيد عن التحقيق وعن مقصود الباب .

نعم كان الواجب علىٰ المصنف تعريف الشركة ـ التي هي المقصود الأصلي للفقهاء ، وتُعد من جملة العقود ـ ليتبادر إلىٰ الفهم ترتب هذه الأحكام عليها ، ويرتبط الكلام بعضه ببعض . وإذا ذكر بعد ذلك ما يقع عليه اسم الشركة بقول مطلق ، وبيّن أحكامه لم يكن فيه حرج ولا إشكال .

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يشترط في المشتركين أهلية التوكيل والتوكل ؛ لأن الفرض كون كل واحد منهما متصرفاً في جميع المال بحق الملك فيما يخصه ، وبالإذن فيما يخص شريكه فهو وكيل له . ولا بد من صيغة ؛ لأن الأصل عصمة الأموال علىٰ أربابها ، فلا يصح التصرف فيها إلا بإذنهم .

وإنما يعلم الإذن باللفظ الدال عليه ؛ لأن الأفعال لا دلالة لها ، فإن أذن كلّ منهما لصاحبه صريحاً فلا بحث في الصحة . ولو قال كل منهما : اشتركنا واقتصر عليه ، مع قصدهما الشركة بذلك ففيه وجهان :

أحدهما : الاكتفاء به في جواز التصرف ، واختاره المصنف هنا ، وقرّبه في التذكرة[٢] ، وهو ظاهر اختياره في التحرير حيث قال : ويكفي في الصيغة ما يدل علىٰ الرضا بالمزج[٣] ، لفهم المقصود منه عرفاً .

---

(١) ايضاح الفوائد ٢ : ٣٠١ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٢١ .

(٣) التحرير ١ : ٢٧٢ .

والثاني : لا ؛ لقصور اللفظ عن الإذن ، إذ لا يلزم من حصول الشركة جواز التصرف ، فإنهما لو ورثا مالاً أو اشترياه صفقة واحدة تحققت الشركة مع عدم جواز التصرف . والأول أقوىٰ ؛ لأن المقصود الأصلي من الشركة هو الاستنماء والاسترباح ، ولا يكون ذلك إلا بالتصرف، خصوصاً مالا ينمو بنفسه .

وأما الإرث والشراء فليس بقادح في تخلف الحكم فيهما ؛ لأن البحث في الشركة الاختيارية التي يتحقق القصد فيها إلىٰ مزج المالين ، لأن المزج لا يكون باللفظ فتعيّن أن يكون معناه مزج المالين ، ولأن : اشتركنا حيث كان إنشاءً امتنع أن يكون معناه جواز التصرف ، وإلّا لم يكن له معنى أصلاً .

وهل يكفي أن يقول أحدهما : اشتركنا ، فيقول الآخر : قبلت ، أو نعم ؟ لم أجد بذلك تصريحاً ، وينبغي أن يكون (قبلت) غير كاف ؛ لأنه وكيل وموكل فلا يكفي ذلك في الإيجاب . أما (نعم) فيحتمل من حيث أن كلمة الجواب تحذف بعدها الجملة .

نعم كل ما دل علىٰ التوكيل والتوكل مع المزج فهو كاف قطعاً ، ولا بد من مال من الجانبين . ويشترط فيه اتحاد الجنس والوصف ، بحيث لو مزج ارتفع الامتياز . ولا بد من المزج ، فلا تنعقد الشركة بدونه .

ولا يشترط تقدمه عندنا ، ولا كونه في مجلس العقد ، بل ولا يشترط اللفظ منهما معاً في مجلس واحد ، خلافاً لبعض العامة[1] . ولا فرق في المال بين أن يكون أثماناً أو عروضاً أو فلوساً ، ولا بين كونه مثلياً أو قيمياً عندنا ، ومنع جمع من العامة وقوع الشركة في بعض ذلك[2] .

---

(١) المجموع ١٤ : ٦٩ .

(٢) المجموع ١٤ : ٦٥ ، المغني لابن قدامة ٥ : ١٢٤ ، ١٢٦ مسألة ٣٦٢٨ ، ٣٦٣٠ .

فلا يكفي مزج الصحيح بـالقـراضـة ، ولا السمسم بالكتان ، ولا عند اختلاف السكة .

وتحصل الشركة بالمزج ، سواء كان اختياراً أو اتفـاقاً . والمختلف إنما تتحقق فيه الشركة بالعقد الناقل ، كـأن يبيع أحـدهما حصـةً مما في يده بحصة ما في يد الآخر .

قـولـه : (فـلا يكفي مـزج الصحيـح بـالقـراضـة ، ولا السمسم بالكتان ، ولا عند اختلاف السكة) .

القـراضة ، بـالضم : مـا سقط بـالقـرض ، المـراد بهـا هنـا : خـلاف المسكوك من النقدين ، وما جرىٰ مجراهما .

والمراد بالكتان بزره ، وإنما لم يكف ذلك في انعقاد الشركة لفقد بعض أركان العقد ، وهو المزج الرافع للامتياز .

قولـه : (وتحصل الشركة بالمزج ، سواء كان اختياراً أو اتفاقاً) .

أي : لا يشتـرط لصحة الشـركة المـزج بالاختيـار ، فلو امتزج المـالان اتفاقاً ، أو بفعل أجنبي ، أو ورثا معاً مالاً فعقد الشركة بينهما صح .

قولـه : (والمختلف إنما تتحقق فيه الشركة بالعقد الناقل) .

بأن يبيع أحدهما حصة مما في يده بحصة ممـا في يد الآخـر ، ليتحقق المزج الرافع للاشتراك ، ومثل البيع الهبة وسائر العقود الناقلة .

ولا يتعين لذلك بيع الحصة من أحدهما بالحصة من الآخر ، بل لـو باع الحصة من أحدهما بثمن واشترىٰ الحصة من الآخر بـه صح . فلو قـال : كأن يبيع إلىٰ آخره لكـان أولىٰ ، ولا يخفىٰ أن تحقق الشركـة بالعقـد النـاقـل إنمـا يكون مع عقد الشركة بينهما كما حققناه .

ولو باعا بثمن واحد ، أو عملا باجرة واحدة تثبت الشركة ، سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا ، ولكل منهما بقدر النسبة من القيمة .

وإذا تميّز عمل الصانع من صاحبه اختص باجرته ، ومع الاشتباه يحتمل التساوي والصلح .

قوله : (ولو باعا بثمن واحد ، أو عملا باجرة واحدة ثبتت الشركة ، سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا ، ولكل منهما بقدر النسبة من القيمة) .

إذا كان لكل من الشخصين ملك بانفراده فباعاهما ، أو أحدهما عن نفسه ، وبوكالة الآخر صفقة واحدة بثمن واحد ، أو كانا أجيرين فعملا باجرة واحدة صفقة واحدة صح ذلك عندنا ، ولا يضر جهالة كل منهما بقدر حصته حال العقد ؛ لأن العلم بمجموع الثمن شرط وقد حصل ، أما حال الأجزاء فلا . وحينئذ فتثبت الشركة بينهما ، سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا ؛ لتحقق المزج المعتبر .

والمراد : تحقق الشركة بالمعنىٰ الأعم ، أو تحقق بعض أركانها . وطريق معرفة حق كل منهما من مجموع الثمن والاجرة نسبة قيمة مال أحدهما أو عمله إلىٰ مجموع القيمتين ، وأخذ بتلك النسبة من الثمن والاجرة .

قوله : (وإذا تميّز عمل الصانع عن صاحبه اختص باجرته ، ومع الاشتباه يحتمل التساوي والصلح) .

أما الاختصاص باجرة عمله مع التميّز فظاهر ، وأما وجه احتمال التساوي في الاشتباه اجتماع الاجرتين معاً في ذلك الحاصل ؛ لأنه الفرض ، والحاصل عدم زيادة أحدهما علىٰ الآخر ، ولأن الأصل مع الاشتراك التساوي .

ويضعّف بأن الأصل المذكور لا تحققَ له ، فإن زيادة مال شخص علىٰ آخر ونقصانه عنه ، أو مساواته له ليس أصلاً ، إذ لا رجحان لأحدهما علىٰ

ولا بـد وأن يكون رأس المـال معلوماً جنسـاً وقدراً معيناً ، فلا تصح في المجهول ، ولا الجزاف ، ولا الغـائب ، ولا الدين .

غيره ، لا بحسب العادة ولا بحسب نفس الأمر .

وهذا إنما يتحقق في مثل ما إذا اشتركا في السبب المملّك ، كما لو أقر لهما مقر بملكية شيء ، أو أوصىٰ لهما ، أو وقف عليهمـا فإن السبب المملك لهما هو الإقرار ، والوصيـة ، والوقف ، ونسبتهمـا إليه علىٰ حـد سواء . ولأن فضـل أحدهمـا علىٰ الآخر يتـوقف علىٰ زيادةٍ في الـوصية والـوقف ، والأصل عدمها .

وكـذا الإقرار ، بخلاف ما نحن فيـه ، فإن العمـل الصادر من أحـدهمـا المقتضي لملكه الاجرة غير الصادر من الآخر ، واستوائهما وتفاوتهما محتملان علىٰ حد سواء . وأما وجه احتمال التوقف علىٰ الصلح ؛ فلأنه طريق البراءة ، وهو الأصح . وكذا القول في كل مالين امتزجا ، وجُهل قدر كل منهما .

قولـه : (ولا بدَّ وأن يكون رأس المال معلوماًجنسـاً وقدراً معينـاً ، فلا تصح في المجهول ، ولا الجزاف ، ولا الغائب ، ولا الدين) .

أي : لا بـد لصحة الشـركة من كـون رأس المـال لكـل من الشـريكين معلوم الجنس والقدر ، فلا تصح الشركة فيما إذا كان المال الممـزوج مجهول الجنس ، كما إذا لم يعلم أنه ذهب أو فضة ، ونحو ذلك . وكذا لا تصـح إذا كان مجهول القدر ، كما إذا مزجا المالين جزافاً .

ويشترط أن يكون معيناً أيضاً ، فلا يكفي العلم بالجنس والقدر من دون التعيين بذكر الأوصاف الرافعة للجهالة إن لم يكن مشاهداً ، فلو تعاقدا الشركة علىٰ المـال الغائب غيـر الموصـوف لم تصح ، وكـذا الـدين . وإنمـا اشتـرط ذلك ؛ لأن الآذن لا يدري في أي شيء أذن ، والمأذون لا يدري مـاذا يستفيد بالإذن .

ولا يشترط التساوي قدراً ، ويشترط امتزاجهما .

ويحتمل عدم اشتراط ذلك ؛ لأن الشركة ليست من عقود المعاوضات ، وإنما هي في معنىٰ التوكيل ، فلا تقدح في صحتها الجهالة .

وقيّد ذلك في التذكرة بما إذا أمكن معرفته من بعد[1] ، ولا أجد لاشتراط ذلك وجهاً ، فإنه إذا كان بين إثنين مال مشترك ، وكل واحد منهما جاهل بقدر حصته لا مانع من أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف في جميع المال ؛ لأن الحق لا يعدوهما ، وقد تراضيا علىٰ ذلك ، ويكون حال الربح كحال الأصل .

وإطلاق كلام المصنف في التحرير يقرب مما ذكرناه ، فإنه قال : لا يشترط تساوي المالين قدراً ، ولا العلم بالمقدار حالة العقد . ومنع صحة الشركة في الدين لا وجه له ؛ لقبوله تعلق الوكالة به ، وكون أحد المالين غير متميز عن الآخر[2] .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن في العبارة من التعسف مالا يخفىٰ ، فإن المجهول مغنٍ عن الجزاف ، وعطف الغائب والدين عليهما يؤذن بأنهما متفرعان علىٰ اشتراط كون رأس المال معيناً ، وهو غير مستقيم كما لا يخفى .

قوله : (ولا يشترط التساوي قدراً) .

إجماعاً .

قوله : (ويشترط امتزاجهما) .

هذا مستغنىٰ عنه ؛ لأنه قد سبق ذكره .

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٢٣ .

(٢) التحرير ١ : ٢٧٢ .

الفصل الثاني : الأحكام .

لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال الممتزج إلا بإذن صاحبه ، فإن اختص أحدهما بالإذن اختص بالتصرف وإن اشترك اشترك .

ويقتصر المأذون على ما أذن له ، فلو عيّن له جهة السفر ، أو البيع على وجه ، أو شراء جنس لم يجز التجاوز .

ولو شرطا الاجتماع لم يجز لأحدهما الانفراد .

ولو أطلق الإذن تصرّف كيف شاء ،

قوله : (لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال الممتزج إلا بإذن صاحبه) .

مراده بذلك : أن مجرد الامتزاج غير كافٍ في جواز التصرف ، ولهذا علّق الحكم بمنع التصرف علىٰ وصف الممتزج .

قوله : (فإن اختص أحدهم بالإذن اختص بالتصرف) .

لو قال : أحدهما ، لطابق مرجع الضمير فإنه مثنىٰ ، وفي بعض النسخ : أحدهما .

قوله : (وإن اشترك اشترك) .

أي : وإن اشترك كل واحد منهما في الإذن اشترك التصرف بينهما ، أي : جوازه .

قوله : (ولو أطلق الإذن تصرف كيف شاء) .

ويضمن لو تجاوز المحدود .

ويجوز الرجوع في الإذن والمطالبة بالقسمة ، إذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين .

لأن الإطلاق في هذا العقد معتبر ؛ لعدم منافاته الغرر ، وإنما ينزّل الإطلاق على الأمور الغالبة في التجارة ، كالبيع والشراء مرابحة ومساومة ومواضعة وتولية ، وقبض الثمن ، وإقباض المبيع ، والمطالبة بالدين والحوالة والاحتيال ، والرد بالعيب ، والاستئجار على مال الشركة ، والمؤاجرة لأموالها ، ونحو ذلك بشرط مراعاة المصلحة كما في الوكيل .

ولا يجوز السفر إلا بالإذن على أظهر الوجهين ، فلا يكفي فيه الإطلاق ، إذ لا يتبادر إلى الفهم منه ، ولما فيه من الخطر .

وكذا لا تجوز مكاتبة عبد الشركة ، ولا اعتاقه على مال ، ولا تزويجه ، ولا المحاباة بمال الشركة ، ولا إقراضه ، ولا المضاربة عليه ونحوه ؛ لأن ذلك كله ليس من توابع التجارة الغالبة . نعم لو اقتضت المصلحة شيئاً من ذلك ، ولم يتيسر استئذان الشريك جاز فعله .

قوله : (ويضمن لو تجاوز المحدود) .

أي : لو حدّ له شيئاً فتجاوزه ضمن ، سواء دل على التحديد عموم اللفظ أو خصوصه ، فلو سافر من غير إذن بل اعتماداً على إطلاق الإذن ضمن .

قوله : (ويجوز الرجوع في الإذن والمطالبة بالقسمة ، إذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين) .

لمّا كانت الشركة عبارة عن توكيل وتوكل كان فسخها جائزاً من الطرفين كالوكالة ، فمتى رجعا عن الإذن انفسخت من الجانبين .

وليس لأحدهما مطالبة الشريك بإقامة رأس المال ، بل يقسّمان الأعراض إذا لم يتفقا على البيع .

وينفسخ بالجنون والموت ، ولا يصح التأجيل فيها ، ويبسط الربح والخسران على الأموال بالنسبة .

وكذا لو قالا أو أحدهما : فسخت الشركة ؛ لأن الوكيل ينعزل إذا عزل نفسه ، وفسخها من أحد الجانبين يقتضي عزل كل منهما .

ولو عزل أحدهما الآخر عن التصرف انعزل المخاطب دون العازل ، ولكل منهما المطالبة بالقسمة ، فتبطل بها لفقد الشرط . وهل تنفسخ بالمطالبة ؟ فيه احتمال .

قوله : (وتنفسخ بالموت والجنون) .

وإن عرض لأحدهما ، وكذا الإغماء ، والحجر للسفه والفلس كالوكالة . ثم في صورة الموت إن لم يكن على الميت دين ، ولا هناك وصية تخيّر الوارث بين القسمة مع الشريك ، وبين تقريرها بعقد مستأنف إن كان كاملا ، وإلا فوليه . ومع الدين يبنىٰ الحكم علىٰ ما سبق من تصرف الوارث في التركة مع الدين ، والوصية إن تعلقت بعينٍ لمعين فهو كالوارث إن قبل ، وإلا فهي كالدين .

وقد علم غير مرةأن المراد من انفساخها ارتفاع ما اقتضاه العقد من جواز التصرف .

قوله : (ولا يصح التأجيل فيها) .

المراد بصحته : ترتب أثره عليه ، وهو لزومها إلىٰ الأجل ، وإنما لم تصح لأنها عقد جائز ، فلو شرطا التأجيل كان لكل منهما الفسخ متىٰ شاء .

نعم يترتب علىٰ الشرط عدم جواز التصرف بعد الأجل إلا بعقد

ولو شرطا التفاوت مع تساوي المالين ، أو التساوي مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملا ، أو أحدهما ، سواء شرطت الزيادة له أو للآخر .

وقيل تبطل إلا أن يشترط الزيادة للعامل .

مستأنف ؛ لأنه من مقتضيات الشرط .

قوله : (ولو شرطا التفاوت مع تساوي المالين ، أو التساوي مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما ، سواء شرطت الزيادة له أو للآخر ، وقيل : تبطل إلا أن يشترط الزيادة للعامل) .

لا ريب أن الربح تابع لرأس المال ؛ لأنه نماؤه ، فإن شرطا التفاوت فيه مع تساوي المالين ، أو التساوي مع تفاوت المال بالنسبة إليهما فللأصحاب أقوال : أقربها عند المصنف جواز ذلك إن عملا أو أحدهما ، وهو قول المرتضى[1] ، وولد المصنف[2] . وحكاه في المختلف عن ظاهر ابن الجنيد[3] ؛ لعموم قوله تعالى : ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾[4] ، وقوله تعالى : ﴿ **إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم** ﴾[5] وقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »[6] .

ويضعّف بأنه أكل مال بالباطل ؛ لأن الزيادة ليس في مقابلها عوض ، لأن الفرض أنها ليست في مقابلة عمل ، ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة

---

(١) الانتصار : ٢٢٨ .

(٢) ايضاح الفوائد ٢ : ٣٠١ .

(٣) المختلف : ٤٧٩ .

(٤) المائدة : ١ .

(٥) النساء : ٢٩ .

(٦) الكافي ٥ : ٤٠٤ حديث ٨ ، التهذيب ٧ : ٣٧١ حديث ١٥٠٣ ، الاستبصار ٣ : ٢٣٢ حديث ٨٣٥ ، عوالي اللآلي ١ : ٢١٨ حديث ٨٤ .

. . . .

لتضم إلىٰ أحد العوضين ، ولا اقتضىٰ تملكها عقد هبة .

والأسباب المثمرة للملك معدودة ، وليس هذا أحدها ، ولا هو إباحة للزيادة ، إذ المشروط تملكها بحيث يستحقها المشروط له ، فيكون اشتراطها اشتراطاً لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك ، كما لو دفع إليه دابة ليحمل عليها والحاصل لهما ، فيكون باطلاً ، فيبطل العقد المتضمن له ، إذ لم يقع التراضي بالشركة والإذن في التصرف إلا علىٰ ذلك التقدير .

ولا يندرج في قوله تعالىٰ : ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾[1] ، ولا في قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »[2] . أما عدم اندراجه في قوله تعالىٰ : ﴿ **إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم** ﴾[3] فظاهر ، إذ الشركة ليست من التجارة في شيء إذ هي مقابلة مال بمال . نعم لو شرط ذلك للعامل تحققت التجارة حينئذ ؛ لأن العمل مال فهو في معنىٰ القراض .

وقال الشيخ في المبسوط[4] ، والخلاف : تبطل الشركة[5] ، واختاره ابن إدريس[6] ، وهو الذي عناه المصنف بقوله : (وقيل : يبطل . . .) وهو الأصح ، ودليله يعلم مما ذكرناه . وقال أبو الصلاح : تصح الشركة دون الشرط ، وحكم بإباحة الزيادة إذا حصل التراضي عليها[7] . ولا بحث في ذلك إذا كان التراضي في غير عقد الشركة .

---

(١) المائدة : ١ .

(٢) التهذيب ٧ : ٣٧١ حديث ١٥٠٣ ، الاستبصار ٣ : ٢٣٢ حديث ٨٣٥ ، عوالي اللآلي ١ : ٢١٨ حديث ٨٤ .

(٣) النساء : ٢٩ .

(٤) المبسوط ٢ : ٣٤٩ .

(٥) الخلاف ٢ : ٨٣ مسألة ٩ كتاب الشركة .

(٦) السرائر : ٢٥٤ .

(٧) الكافي في الفقه : ٣٤٣ .

. . . .

أما العقد فما ذكره من بطلان الشرط صحيح ، وأما صحة العقد فغير ظاهرة ، إذا لم يقع التراضي بالتصرف الذي هو مقصود الشركة إلاّ علىٰ ذلك الشرط الفاسد .

إذا عرفت ذلك فهنا فوائد :

الاولىٰ : شرط المصنف لصحة هذا الشرط عملهما أو عمل أحدهما ، فلو لم يعمل واحد منهما لم يحل تناول الزيادة ، ولم أجد التصريح به في غير هذا الكتاب . ولعله نظر إلىٰ أن مقتضىٰ الشركة إنما يتحقق بالعمل ، فحينئذ يثبت الشرط .

أما إذا نما المال المشترك بنفسه فإنه لهما علىٰ نسبة الاستحقاقين ، وفيه نظر ؛ لأن مقتضىٰ عقد الشركة هو إباحة التصرف لا نفسه ، فإن اقتضاء العقد استحقاق المشروط للحكم بصحته لم يتوقف علىٰ أمر آخر ، وإلا لم يستحق بالعمل إذ ليس في مقابله ولا اقتضاه العقد .

الثانية : إذا انفرد أحدهما بالعمل ، وشرط له في مقابله زيادة من الربح ففي الشركة شائبة المضاربة ، وكذا إذا زاد في العمل من شرطت له الزيادة ، لوجود معنىٰ المضاربة .

الثالثة : علىٰ القول بالبطلان في الفرض المذكور يقسّم الربح بينهما علىٰ نسبة المالين ، ثم يرجع العامل باجرة مثل عمله في مال صاحبه ، سواء عملا أو أحدهما ، كذا ذكره الشيخ[1] ، وفي استحقاق الاجرة بعمل دخل علىٰ أن يفعله بغير عوض نظر .

أما العمل الذي شرط لصاحبه الزيادة فإنه يستحق الاجرة بالشرط مع البطلان ، وهو غير متحقق في محل النزاع ؛ لأن الاشتراط جائز مع العمل ،

---

(١) المبسوط ٢ : ٣٤٩ ، والخلاف ٢ : ٨٣ مسألة ٩ كتاب الشركة .

والشريك أمين لا يضمن ما تلف في يده إلا بتعد أو تفريط ، ويقبل قوله في التلف ـ وإن ادعى سبباً ظاهراً كالغرق ـ مع اليمين وعدم البينة ، وكذا لو ادعى عليه الخيانة أو التفريط .

وإن كان المشروط له أقل عملاً ، إذ لا امتناع في أن يتبرع أحدهما بعمله ويعمل الآخر بعوض ، فيكون في الشركة مضاربة مع أحدهما .

وهذه المسألة شبيهة بما سبق في المساقاة ، من أنه إذا ساقىٰ الشريك ، ولم يشترط له زيادة علىٰ حصته تفسد المساقاة ، ولا يستحق الشريك اجرة ، خلافاً للشيخ[1] .

الرابعة : قال الشارح الفاضل[2] ، وشيخنا الشهيد : إن الموصوف بالصحة والبطلان ليس نفس الشركة العنانية ، إذ لا يمكن وقوعها علىٰ وجهين ، بل المراد به إذن كل واحد في التصرف للآخر مجازاً علىٰ ما ذكره الشارح . وفي عبارة شرح الإرشاد : بل المراد به نفس الشرط وما يتوقف عليه ، كالإذن في التصرف بنفس الشرط . وليس بشيء ، بل الموصوف بذلك نفس عقد الشركة .

واعلم أن المصنف إنما وحّد ضمير المال في قوله : (أو التساوي مع تفاوته) لأن التفاوت إنما يكون بين شيئين فأغنىٰ ذكره ؛ لاقتضائه التعدد عن تثنية الضمير .

قوله : (والشريك أمين) .
لما عرفت غير مرة من أنه وكيل .

قوله : (ويُقبل قوله في التلف وإن ادعىٰ سبباً ظاهراً) .

أي : بيمينه كالمستودع ، وقال الشافعي : إنه إن اسند التلف إلىٰ سبب

---

(١) المبسوط ٣ : ٢٠٩ .

(٢) ايضاح الفوائد ٢ : ٣٠٢ .

ويقبل قوله في قصد ما اشتراه أنه لنفسه أو للشركة ، فإن قال : كان مال الشركة فخلصت بالقسمة فالقول قول الآخر في إنكار القسمة ، فلو أقرّ الآذن في قبض البائع به دونه بريء المشتري من نصيب الآذن ؛ لاعترافه بقبض وكيله .

ثم القول قول البائع في الخصومة بينه وبين المشتري ، وبينه وبين المقر .

وتقبل شهادة المقر عليه في حقه إن كان عدلاً ، وإلاّ حلف وأخذ من المشتري ، ولا يشاركه المقر ، ثم يحلف للمقر ، ولا تقبل شهادة

ظاهر طولب بالبينة عليه[1] .

قوله : (ويقبل قوله في قصد ما اشتراه انه لنفسه أو للشركة) .

وتقع دعوى الشراء لنفسه كثيراً عند ظهور الربح ، وللشركة عند ظهور الخسران.

ووجه قبول قوله في ذلك : أن ذلك لا يُعلم إلا من قِبَله . ولو ادعىٰ عليه التصريح في العقد بكون الشراء للشركة أمكن تقديم قوله ؛ لأن الاختلاف في فعله ، ولأن ظاهر يده يقتضي الملك ، فعلىٰ الآخر البينة .

قوله : (فإن قال : كان مال الشركة فخصلت بالقسمة فالقول قول الآخر في انكار القسمة) .

للاتفاق علىٰ الشركة وادعاء القسمة ، فيكون القول قول منكرها بيمينه .

قوله : (ولو أقر الآذن في قبض البائع به دونه بريء المشتري من نصيب الآذن ؛ لاعترافه بقبض وكيله ، ثم القول قول البائع في الخصومة بينه وبين المشتري ، وبينه وبين المقر ، وتقبل شهادة المقر عليه في حقه

---

(١) المجموع ١٤ : ٨٠ ـ ٨١ .

المشتري له .

إن كان عدلاً ، وإلّا حلف وأخذ من المشتري ولا يشاركه المقر ، ثم يحلف للمقر ، ولا تقبل شهادة المقر له) .

لو باع أحد الشريكين مالاً مشتركاً بإذن شريكه الآذن له في قبض الثمن أيضاً ، ثم اختلف الشريكان في قبض الثمن ، فادعىٰ الآذن علىٰ البائع قبضه بأسره وطالبه بنصيبه ، وصدّقه المشتري وانكر البائع القبض . كذا فرض المصنف المسألة في التذكرة[1] وغيره[2] ، فجعل الاختلاف بين الشريكين ، كذلك صنع في التي بعدها .

وظاهر كلامه هنا ان الاختلاف بين البائع والمشتري والشريك مصدّق ، ولا تفاوت في الحكم ، إلا أن ما في التذكرة أدخل في كونها من أحكام تنازع الشريكين .

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه قد برىء المشتري من نصيب الآذن في البيع ؛ لاعترافه بأن وكيله ـ وهو البائع ـ قد قبض حقه .

ثم هنا خصومتان : إحداهما بين البائع والمشتري ، والثانية بين الشريكين . فإن تقدّمت الأولىٰ فطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن ، فادعىٰ الأداء وأقام به البينة برىء من الحقين بالاقرار والبينة . وتقبل شهادة الشريك المقر علىٰ البائع بالاداء إليه إن كان عدلاً،إذا شهد بحصة البائع فقط ؛ لانتفاء التهمة حينئذٍ . ولو شهد بأداء الجميع لم تقبل في حصته قطعاً للتهمة ، إذ لو ثبت ذلك لطالب المشهود عليه بحصته ، وذلك جر نفع ظاهر .

وهل يقبل في نصيب البائع ؟ فيه وجهان يلتفتان إلىٰ أن الشهادة إذا ردت في بعض المشهود به فهل ترد في الباقي أم لا ؟ ولو لم يكن للمشتري بينة بالقبض حلف البائع انه لم يقبض ، فيستحق أخذ نصيبه ولا يشاركه فيه

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٢٦ .

(٢) التحرير ١ : ٢٧٤ .

الآذن ؛ لأن اقراره بقبض البائع أولاً ما هو الحق يقتضي أن يكون ما قبضه ثانياً بيمينه ظلمًا، فإن نكل عن اليمين ردت على المشتري. فإذا حلف أنه أقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة، فإن نكل أُلزم بنصيب البائع فقط.

وقال بعض الشافعية : لا يلزم ؛ لأنا لا نحكم بالنكول[1] . وليس بشيء ؛ لان هذا ليس حكماً بالنكول ، بل بأصالة بقاء الثمن في ذمته ، حيث لم يأت بحجة على الأداء بحصة البائع.

ثم إن كان المشتري قد أقام البينة باقباضه البائع جميع الثمن كان للآذن المطالبة بحصته قطعاً ، لا إن ثبت ذلك بشاهد ويمين ، أو باليمين المردودة ـ وإن جعلنا اليمين المردودة كالبينة ؛ لأن أثرها إنما يظهر في حق المتخاصمين فيما تخاصما فيه لا مطلقاً ـ فإن لم يكن أقامها كان له إحلاف البائع ؛ لإنكاره قبض حصته ، فإن نكل حلف الآذن المردودة وأخذ منه . ولا يرجع البائع بذلك على المشتري ؛ لما قلناه من أن أثر المردودة إنما هو في حق المتخاصمين ، وليس له مخاصمة ؛ لاعترافه بأن ما فعل الشريك ظلم .

كذا قيل ، وفيه نظر ؛ لأن ذلك لا يُسقط حقه من الدعوى ، لأنه وكيل الشريك في القبض ، وقد اغترم الموكل حصته .

ويمكن الجواب بأن اعتراف الشريك بقبض البائع اقتضى عزله ؛ لانعزال الوكيل بفعل متعلق الوكالة ، واعتراف الموكل بعزل الوكيل ماض .

ويمكن أن ينظر بوجه آخر ، وهو أن البائع قد أدّى دين المشتري بأمر الحاكم فله الرجوع . ويجاب بأن ذلك إنما هو مع تحقق الدين ، وهنا قد بريء المشتري منه باقرار الآذن .

ويمكن أن يقال : إن اقراره إنما ينفذ في حق نفسه لا في حق البائع ،

---

(١) انظر : المجموع ١٤ : ٨٤ .

. . . .

ونحن لا نلزم المشتري بالدين جزماً ليكون متوقفاً علىٰ ثبوته ، وإنما نجوّز لـه المخاصمة والطلب علىٰ تقدير الثبوت .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن نكول البائع عن اليمين في خصـومة المشتـري لا يمنع من حلفه هنا ؛ لأنها خصومة أُخرىٰ .

ولا يقال: إن اليمين المردودة إما كالاقرار أو كالبينة، فإن كانت كالاقرار فكأنه أقر بالقبض ، وإن كانت كالبينة فكأن البينة قامت على قبضه .

لانا نقول:

قد أسلفنا أنها كأحدهما في حق المتخاصمين لا مطلقاً ، ولو أن خصومة البـائع تقـدّمت علىٰ خصومـة المشتري فـالحكم كما سبق.إلا أنـه ينبغي أن لا تقبل شهادة الآذن هنا للمشتري بحـال ؛ نظراً إلىٰ سبق الخصـومة بينهما ، أما المشتري فلا تقبل شهادته في الموضعين . ولعل المصنف إنما لم يتعرض للفرق بين الصورتين في تقدم أحـد الخصومتين وتـأخرهـا ؛ نظراً إلىٰ عدم وجود كثير فرق .

واعلم أن الضمير في قول المصنف : (به) من قوله : (ولو أقـر الآذن في قبض البائع به) يعود إلىٰ القبض ، وفي قوله : (دونه) يعود إلىٰ البائع .

وقوله : (وتقبل شهادة المقـر عليه في حقـه إن كان عـدلاً) معناه : أن شهادة المقر ـ وهو الآذن ـ تقبل علىٰ البائع في قبضـه حق نفسه ، لا في قبض حق الآذن ؛ لأنهـا تجـر نفعـاً ، واطـلاق العبـارة يتنـاول مـا إذا شهـد بقبض المجموع ، فيقتضي انها وإن ردت في البعض قبلت في البعض الآخـر ، وهو محتمـل . وكذا يقتضي عـدم الفرق في قبـول شهادة الشـريك للمشتـري بين تقدم خصومته مع البائع علىٰ خصومة البائع والمشتري وتأخرها .

وقوله : (ثم يحلف للمقر) لا يراد فيه الترتيب المستفاد بـ(ثمّ) ؛ لأنه قـد ذكر الحكم في الخصـومة بين البـائع والمشتـري ، وبينه وبين المقـر بغير

ولو ادعى المشتري على شريك البائع بالقبض ، فإن كان البائع أذن فيه فالحكم كما تقدم ، وإن لم يأذن لم يبرأ المشتري من حصة البائع ؛ لأنه لم يدفعها إليه ، ولا إلى وكيله ، ولا من حصة الشريك لإنكاره ، والقول قوله مع يمينه .

ولا يقبل قول المشتري على الشريك ، وللبائع المطالبة بقدر حقه خاصة ؛ لاعترافه بقبض الشريك حقه .

وعلى المشتري دفع نصيبه إليه من غير يمين ، فإذا قبض حقه فللشريك مشاركته فيما قبض .

وله أن لا يشاركه ويطالب المشتري بجميع حقه ، فإن شارك في

ترتيب .

وقوله : (ولا تقبل شهادة المشتري له) جار على اطلاقه ، سواء تقدمت خصومة المقر أم المشتري .

قوله : (ولو ادعي على شريك البائع بالقبض ، فإن كان البائع أذن فيه فالحكم كما تقدم ، وإن لم يأذن لم يبرأ المشتري من حصة البائع ؛ لأنه لم يدفعها اليه ولا الى وكيله ، ولا من حصة الشريك لانكاره ، والقول قوله مع يمينه .

ولا يقبل قول المشتري على الشريك، وللبائع المطالبة بقدر حقه خاصة ؛ لاعترافه بقبض الشريك حقه . وعلى المشتري دفع نصيبه إليه من غير يمين ، فاذا قبض حقه فللشريك مشاركته فيما قبض .

وله ان لا يشاركه، ويطالب المشتري بجميع حقه، فإن شارك في

المقبوض فعليه اليمين إن لم يستوف حقه من المشتري ، ويأخذ من القابض نصف نصيبه . ويطالب المشتري بالباقي إذا حلف أنه لم يقبض منه شيئاً .

وليس للمقبوض منه الرجوع على المشتري بعوض ما أخذ منه ؛ لاعترافه ببراءة ذمة المشتري .

المقبوض فعليه اليمين إن لم يستوف حقه من المشتري ، ويأخذ من القابض نصف نصيبه ، ويطالب المشتري بالباقي اذا حلف انه لم يقبض منه شيئاً . وليس للمقبوض منه الرجوع على المشتري بعوض ما اخذ منه ؛ لاعترافه ببراءة ذمة المشتري) .

هذه مقابل المسألة السابقة ؛ لأن الدعوىٰ من غير البائع علىٰ البائع أنه قبض ، وهذه عكسها ، وصورتها : أن يدّعي البائع علىٰ شريكه الإذن في القبض به . والمصنف اطلق العبارة ، فيتناول باطلاقها ماذا لم يكن الشريك قد أذن للبائع في القبض ؛ لأن الحكم لا يتفاوت عنده بالاذن وعدمه ، وعند بعض الشافعية يتفاوت[1] .

وكيف كان فلا يخلو : إماأن يكون الشريك الذي لم يبع مأذوناً له في القبض من البائع ، أو لا .

فإن كان مأذوناً فالحكم فيها كما تقدم في المسألة الأُولىٰ من غير فرق ؛ لانه قد اعترف بقبض وكيله فيبرأ المشتري من حصته ، وتكون هنا خصومتان : إحداهما بين البائع والشريك ، والأخرى بين المشتري والشريك .

ولا يخفىٰ مافي عبارة المصنف من القصور ، فإنه لا يلزم من دعوىٰ المشتري علىٰ الشريك بالقبض ، وكونه مأذوناً من البائع جريان الحكم

---

(١) المجموع ١٤ : ٨٤ .

. . . .

السابق ؛ لأن البائع ربما كان منكراً لذلك ، فلا يستقيم ما ذكره ، وهو ظاهر .

وإن لم يكن الشريك مأذوناً في القبض لم يبرأ المشتري من حصة البائع قطعاً ، ولو لم تتوجه بينهما خصومة ؛ لأنه لم يدفع حصته إليه ، ولا إلىٰ وكيله قطعاً ، ولا من حصة الشريك لانكاره ، فيتوقف الأمر علىٰ انفصال الخصومة بينهما ، بأن يحلف علىٰ عدم القبض مع عدم البينة .

ولا يخفىٰ أن قول المصنف : (ولا يقبل قول المشتري علىٰ الشريك) لغو ؛ لأنه قد علم أنه مدّع ، والشريك منكر ، والحجة من المدعي البينة .

إذا عرفت ذلك ، فللبائع المطالبة بقدر حقه خاصة ، سواء كان مأذوناً له في القبض من جهته أم لا ؛ لأنه لو كان مأذوناً لا يعزل باعترافه بقبض الشريك حقه ؛ لانتفاء متعلق الوكالة بزعمه ، وعلىٰ المشتري تسليم نصيبه اليه من غير يمين ؛ لاعترافه بما يقتضي عدم البراءة من حقه . فاذا قبض حقه فللشريك مشاركته فيما قبض بعد اليمين ، وله أن لا يشاركه ، ويطالب المشتري بجميع حقه ، سواء كان قد أذن للبائع في القبض أم لا .

وفرّق بعض الشافعية بين ما اذا كان مأذوناً في القبض فحكموا بالشركة ، وغير مأذون فحكموا بالعدم ؛ لانه ليس له المطالبة بنصيب شريكه فكيف ويقبضه [١] ؟ويضعّف بأن الاذن يزول بالاعتراف بالقبض كما قدمناه ، والصفقة واحدة ، وكل جزء من الثمن شائع بينهما ، فإن شارك في المقبوض أخذ الباقي من المشتري ، ولا يبقىٰ في يد البائع إلا ربع . وليس له مطالبة المشتري بعوض المأخوذ منه ؛ لأن الشريك بزعمه ظالم والمشتري بريء الذمة .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف : (فعليه اليمين إن لم يستوف

---

(١) المجموع ١٤ : ٨٤ .

ولو خاصم المشتري شريك البائع ، فادعى عليه القبض لم تقبل شهادة البائع ؛ لأنه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه

حقه من المشتري) ،وقوله : (ويطالب المشتري بالباقي اذا حلف أنه لم يقبض منه شيئا) المتبادر منه وجوب حلفه مرتين ، وهو مشكل ، فإنه لو حلف للمشتري أنه لم يقبض شيئاً استحق مشاركة البائع فيما يأخذه ؛ لثبوت استحقاقه علىٰ المشتري مع اتحاد الصفقة ، والاشتراك في كل جزء من الثمن ، مع احتمال اليمين للبائع ؛ لأنه يدعي عليه أخذ جميع حقه ، فلا يستحق المشاركة .

ويضعّف بأن هذه الدعوىٰ قد اندفعت باليمين سابقاً ، وهو الظاهر من عبارة التذكرة ، حيث اكتفىٰ بالحلف لجواز الرجوع علىٰ كل منهما[1] ، وان اسنده إلىٰ الشافعية[2] .

نعم لو طالب البائع ببعض المقبوض ، فأحلفه علىٰ عدم القبض اتجه احلاف المشتري إياه أيضاً ؛ لأن الخصومة في الواقع بينهما ، ولأن الاستحقاق علىٰ البائع فرع الاستحقاق علىٰ المشتري .

وفيه نظر ؛ لأن ذلك بحسب الواقع ونفس الأمر ، أما بحسب الظاهر فلا ، ولهذا لو نكل الشريك فحلف المشتري بالرد علىٰ إقباضه كان له مخاصمة البائع بعد أخذ نصيبه ؛ لما عرفت من أن اليمين المردودة إنما تكون كالاقرار ، أو كالبينة في حق المتخاصمين في تلك الخصومة فقط ، فيتجه حينئذ وجوب يمينين كما يظهر من العبارة .

قوله : (ولو خاصم المشتري شريك البائع فادعىٰ عليه القبض لم تقبل شهادة البائع ؛ لأنه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٢٦ .

(٢) المجموع ١٤ : ٨٣ .

من المشتري ، فيحلف ويأخذ من المشتري نصف الثمن ، وإن نكل أخذ المشتري منه النصف .

ولو باع الشريكان سلعة صفقة ، ثم استوفى أحدهما شيئاً شاركه

يقبضه من المشتري ، فيحلف ويأخذ من المشتري نصف الثمن ، وإن نكل أخذ المشتري منه النصف) .

هذه من تتمة المسألة السابقة ، فإن الخصومة بين المشتري وشريك البائع قد سبق ذكرها ، وهذه من جملة أحكامها . ولكن عبارة المصنف توهم أنها مسألة مستأنفة بالاستقلال .

وتحقيقها : أن الخصومة التي بين الشريك والمشتري ـ لدعوى المشتري عليه القبض - لا تقبل شهادة البائع فيها للمشتري باقباضه الشريك ، وإن لم يكن شريكاً له فيما قبضه على تقدير القبض ، لأن الشهادة تجر نفعاً إليه، باعتبار أنه اذا قبض نصيبه بعد ذلك يسلّم له ولا يشاركه فيه ؛ بناءً على استحقاق المشاركة اذا لم يثبت القبض ، وهو الذي اختاره المصنف من الوجهين ، وهو الأشهر بين الأصحاب .

ولو قلنا بأن الشريك يتمكن من قبض حقه من الثمن المشترك بانفراده قبلت شهادته ، ولا تهمة حينئذ ، فيحلف ويأخذ من المشتري نصف الثمن إن شاء ، وإن شاء أخذ الحصة من البائع مما يقبضه على أنه نصيبه ، والباقي من المشتري على ما سبق .

ولا يخفى ما في هذه العبارة من السماجة . وإن نكل حلف المشتري اليمين المردودة ، وطالبه بالنصف الذي هو مقدار نصيب البائع ؛ لأنه لا ولاية له عليه .

قوله : (ولو باع الشريكان سلعة صفقة ، ثم استوفى أحدهما شيئاً

الآخر فيه وإن تعدد المشتري .

شاركه الآخر فيه وإن تعدد المشتري) .

المشهور بين الأصحاب إنه اذا كان بين اثنين فصاعداً دين بسبب واحد إما عقد ، أو ميراث ، أو استهلاك ، أو غيره ، كذا ذكر المسألة في التذكرة[١] .

والذي في عبارة الكتاب أنه : (لو باع الشريكان سلعة صفقة) وظاهره أنها من مال الشركة ، وصرح بذلك في التحرير[٢] ، وفي المختلف كما هنا[٣] . وعبارة ابن ادريس في السرائر : اذا كان بينهما متاع فباعاه بثمن معلوم[٤] ،وهي عبارة الشيخ[٥] . والظاهر أنه لا تفاوت في الحكم ، ففرض موضوع المسألة أعم ، أولى وانفع .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن لكل من الشريكين المطالبة للمشتري بحقه من الدين ، فاذا استوفاه شاركه الآخر فيه ؛ لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما ، فكل ما حصل منه كان بينهما .

وفيه نظر ؛ لأن الاشتراك الذي في الذمة لا يمنع من تعيين حق واحد في معين ، ولمرسلة ابي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام : عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما ، فاقتسما الذي بأيديهما ، وأحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب ، فاقتضى أحدهما ولم يقتض الآخر قال : « مااقتضى أحدهما فهو بينهما ، ومايذهب بماله »[٦] . ومثلهارواية معاوية بن

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٢٨ .

(٢) التحرير ١ : ٢٧٤ .

(٣) المختلف : ٤٧٩ .

(٤) السرائر : ٢٥٤ .

(٥) الخلاف ٢ : ٨٤ مسألة ١٥ كتاب الشركة .

(٦) التهذيب ٧ : ١٨٥ حديث ٨١٨ .

. . . .

عمار عن الصادق عليه السلام[١] ، وغيرها .

ولا صراحة فيهابالنسبةإلىٰ المدعى ؛ لأن المقتضي لم يصرح بكونه هو مجموع الدين أو حصة المقتضي فقط ، ودلالتها علىٰ المطلوب متوقفة علىٰ إرادة الأمر الثاني وذلك غير معلوم ، واللفظ يحتمل الأمرين .

هذا محصل ماذكره ابن ادريس في الجواب عن الاخبار[٢] ، علىٰ تقدير تسليم كونها حجة .

ويرد عليه : أن « ما » الواقعة في الجواب للعموم ، والعبرة بعموم اللفظ ، وكذا ترك الاستفصال في حكاية الحال المحتملة يقتضيه أيضاً .

وقال ابن ادريس : إن لكل منهما أن يقتضي حقه ولا يشاركه الآخر ؛ لأن لكل واحد أن يبرىء الغريم من حقه بدون الآخر ، ويهبه ويصالح منه علىٰ شيء ، فمتىٰ أبرأه برأ وبقي حق الآخر ، فاذا استوفاه لم يشاركه الذي وهب أو صالح .[٣]

وفيه نظر ؛ لمنع الملازمة ، ولأن متعلق الشركة بينهما هو العين وقد ذهبت ، ولم يبق لهما إلا دين في ذمته ، فاذا أخذ أحدهما نصيبه لم يكن قد أخذ عيناً من أعيان الشركة ، فلا يشاركه الآخر فيما أخذ ، ولأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض المالك أو وكيله ، والمتنازع ليس كذلك ؛ لأن موضع النزاع ماإذا لم يقبض لشريكه بالوكالة ، ولأنه إن وجب الأداء بالمطالبة بحقه وجب أن لا يكون للشريك فيه حق ، لكن المقدّم حق بالاتفاق فالتالي مثله .

بيان الملازمة : أن وجوب الأداء بالمطالبة بحصة الشريك فرع التمكن من تسليمها ؛ لاستحالة التكلف بالممتنع ، فاذا ثبت تمكنه من دفعها علىٰ

---

(١) السرائر : ٢٥٤ .
(٢) انظر : التهذيب ٧ : ١٨٦ حديث ٨١٩ ، ٨٢٠ .
(٣) السرائر : ٢٥٥ .

. . . .

أنها للشريك ، ودفعها كذلك امتنع أن يكون للشريك الآخر فيها حق ، ولأنه لو كان للشريك في المدفوع حق لزم وجه قبح ، وهو تسلط الشخص علىٰ قبض مال غيره بغيراذن ، ولأنه لو كان كذلك لوجب أن يبرأ الغريم من مقدار حقه من المدفوع؛ لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة قبض عوضه .

لكن التالي باطل عندهم ؛ لأنهم يحكمون بكونه مخيّراً في الأخذ من أيهما شاء ، ولأنه لو نهاه الشريك عن قبض حقه ، فإن تمكن من المطالبة بحصته وجب أن لا يكون للشريك فيها حق ، وإلا امتنع أخذ حقه بمنع الشريك إياه من قبض حق الشريك ، ولأن المقبوض إما أن يكون مالاً مشتركاً أو لا ، فإن كان مشتركاً وجب علىٰ تقدير تلفه أن يتلف منهما كسائر أموال الشركة ، وتبرأ ذمة الغريم منه ، وإلا لم يكن للشريك فيه حق .

ولا يخفىٰ أن بعض هذه الوجوه في غاية القوة والمتانة ، والروايات لا تقاومها مع أنهاقابلة للتأليف ، فمختار ابن ادريس[1] قوي متين ، كمااعترف به المصنف في المختلف[2] ، وإن كان الوقوف مع المشهور أولىٰ .

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لو أراد الشريك أخذ حقه فقط ، بحيث لا يتطرق إليه النزاع فإنه يبيع حصته من الدين بقدرها من العين ، أو أزيد ، أو انقص مع مراعاة السلامة من الربا ، كما يبيع حصته من العين مع الشيوع بثمن يختص به . وكذا لو صالح ،أو وهب أواتّهب، أو عوض عن الهبة ، أو أحال بها .

فروع :

أ : لو ضمن ضامن لأحد الشريكين فضمنه وجب أن يصح الضمان ، لعموم الدلائل الشاملة له ، فيختص بأخذ المال المضمون من الضامن ، وهذا

---

(١) السرائر : ٢٥٤ .

(٢) المختلف : ٤٨١ .

أما لو تعددت الصفقة فلا مشاركة وإن اتحد المشتري .

أحد دلائل التمكن من أخذ الحصة منفردة عن الأخرىٰ .

ب : علىٰ قولهم : لو قبض الشريك حصة تخيّر شريكه في مطالبته بحصة منه ، ومطالبة الغريم بكمال حقه ، فعلىٰ هذا لو اشترىٰ به شيئاً وقف البيع علىٰ اجازته بمقدار حقه .

ج : لو أحال علىٰ المديون بحصته صح بشروط الحوالة ، ويكون المحتال شريكاً .

د : لو اشترىٰ بحصة من الدين ثوباً مثلاً ، فقد قال بعض العامة : إن للآخر ابطال الشراء[1] . وليس بشيء ؛ لأنه ليس بأبلغ من الشراء بحصة من العين المشتركة .

هـ : لو أجل أحد الشريكين حصته باشتراط ذلك في عقد لازم ونحوه جاز قطعاً ، فإن قبض الشريك بعد ذلك لم يرجع شريكه عليه بشيء ؛ لأنه لا يستحق شيئاً الآن . وتمكنه من تأجيله يقتضي جواز قبض الحصة منفردة ؛ لاستلزامه تميّز حصته عن حصة الآخر ، فلو امتنع ذلك امتنع التضمين .

و : تعدد المشترى مع اتحاد الصفقة لا يمنع الاشتراك في الثمن ؛ لثبوت مقابلة جميع الثمن لجميع المبيع ، واستواء نسبة الملاّك إلىٰ الأبعاض .

قوله : (أما لو تعددت الصفقة فلا مشاركة وإن اتحد المشتري) .

هذا اذا كان كل واحد من المبيعين غير مشترك ، أما مع اشتراكهما فلا يستقيم ذلك . وحيث كان مدار الشركة علىٰ بيع المالين صفقة فلا حاجة

---

(١) انظر : المجموع ١٤ : ٧٠ .

ولو تساوى المالان ، وأذن أحدهما في العمل للآخر على أن يتساويا في الربح فهو بضاعة .

فروع :

أ ـ لو دفع إلى آخر دابته ليحمل عليها والحاصل لهما فالشركة باطلة ، فإن كان العامل قد آجر الدابة فالأُجر لمالكها وعليه اجرة مثل

إلىٰ ذكر الشريكين في المسألة السابقة ؛ لأن بيع غير الشريكين صفقة غير موجب للشركة .

قوله : (ولو تساوىٰ المالان وأذن أحدهما في العمل للآخر علىٰ أن يتساويا في الربح فهو بضاعة) .

وذلك لأن حصة الشريك مال مبعوث للتجارة في يد الوكيل ، قال في الصحاح : البِضاعَةُ : طائفةٌ من مالك تبعثها للتجارة ، تقول : أبضعته واستبضعته ، أي : جعلته بضاعة ، وفي المثل كمُستَبْضِع تمرٍ إلىٰ هَجَرَ، وذلك أنَّ هجر معدنُ التمر[1] .

قوله : (لو دفع إلىٰ آخر دابة ليحمل عليها والحاصل لهما فالشركة باطلة) .

المراد : ليحمل عليها مال غيره بالأُجرة ، فالمراد مؤاجرتها ، إذ لو أُريد حمل ماله لكان دفعاً للدابة اليه علىٰ قصد الاجارة فلا يستحق العامل أجراً .

ولا يعقل فيه معنىٰ الشركة ، وبطلان هذه الشركة قد عُلم مما سبق ؛ لأن ما عدا شركة العنان عندنا باطل .

قوله : (فإن كان العامل قد آجر الدابة فالأُجر لمالكها وعليه

---

(١) الصحاح (بضع) ٣ : ١١٨٦ .

العامل ، فإن قصر الحاصل عنهما تحاصا إن كان بسؤال العامل ، وإلا فالجميع ،

أُجرة مثل العامل ، فإن قصر الحاصل عنهما تحاصا إن كان بسؤال العامل وإلا فالجميع) .

حيث أن الشركة المذكورة باطلة ، فالحال لا يخلو من أن يكون العامل قد آجر عين الدابة ، أو لا .

فإن آجرها فلا ريب أن الأجرة للمالك ؛ لأنها عوض منفعة ماله ، وعليه للعامل أُجرة المثل ؛ لأنه بذل عمله في مقابل الحصة من الحاصل لاعتقاد حصولها ، وقد فاتت بفساد الشركة فوجبت أُجرة مثله إذ لم يتبرع بعمله . فحينئذ إن وفّىٰ الحاصل ـ وهو ما آجر به الدابة بأُجرة مثله وأُجرة مثل الدابة ـ دفع اليه المالك أُجرة مثله واختص بالباقي وإن زاد علىٰ أُجرة مثل الدابة ،وهذا القسم لم يذكره المصنف لظهوره .

وإن قصر الحاصل عن الأجرتين ـ وهو الذي أراده المصنف بقوله : (وإن قصر الحاصل عنهما) وإن لم يجر لأجرة مثل الدابة ذكر استغناء ، بدلالة ذكر أُجرة العامل عليها ، أو أن الضمير يعود إلىٰ العامل والدابة . ومعلوم أن قصور الحاصل عنهما إنما يكون بعد التقسيط عليهما ، والتقسيط إنما يكون باعتبار أُجرة المثل كما قد علم مراراً ـ تحاصا إن كان الدفع علىٰ هذا الوجه بسؤال العامل ؛ لأنه قد رضي بأن تكون له حصة من الحاصل وإن نقصت عن اجرة المثل .

وإن لم يكن ذلك بسؤال العامل ، بل بسؤال المالك فالواجب له جميع أُجرة مثله وإن زادت علىٰ الحاصل . ويندرج في قوله : (إن كان بسؤال العامل) ما اذا كان بسؤالهما ؛ لأنه بسؤال العامل أيضاً .

وفي الفرق نظر ؛ لأن الفرض حصول الرضاء بذلك ، سواء كان

. . . .

بسؤاله ، أو بسؤال المالك ، أو بسؤالهما فتستوي المسألتان في التحاص .

واحتمل شيخنا الشهيد في بعض حواشيه وجوب أقل الأمرين من الحصة المشروطة والحاصلة بالتحاص ، أما اذا كانت المشروطة أقل ؛ فلأنه قد رضي بالأقل فلا يستحق الزائد ، وأما اذا كان الحاصل بالتحاص أقل ؛ فلمعاوضة حق المالك ، ولا ترجيح .

واحتمل ايضاً وجوب الأقل إن كان بسؤال العامل ؛ لأنه ألزم نفسه بذلك بسؤاله . ووجوب الأكثر إن كان بسؤال المالك ؛ لأنه إن كان الأكثر المشروط فقد رضي به المالك ، وإن كان هو الحاصل بالتحاص ؛ فلفساد الشرط .

والحق أن هذا كله بعيد عن التحقيق ؛ لأن مدار الاستحقاق إنما هو علىٰ تراضي المالك والعامل ببذل المعيّن من الحاصل في مقابل العمل ، فلم يكن العمل مبذولاً مجاناً ، وحيث فات المعيّن لفساد الشركة وجب الرجوع إلىٰ أجرة المثل كائنة ما كانت . ولا أثر لسؤال العامل ولا المالك ، وهذا هو قضية كلام الأصحاب ، وبه صرح في التذكرة[1] .

وأما الحاصل بإجارة الدابة فقد أطلقوا أنه لمالكها ، اعتماداً علىٰ أن اجارتها بإذن المالك . وفيه نظر ؛لأن الاذن إن كان هو الذي تضمنه عقد الشركة فيشكل بأن العقد الفاسد كيف يعتبر ما تضمنه من الاذن . وإن أُريد غيره فليس في الكلام الذي تضمنه ما يشعر به .

فعلىٰ هذا حقه أن يكون عقد الاجارة فضولياً يتوقف علىٰ الاجازة ، فإن اجاز فلا بحث ، وإن فسخ فهل يستحق أُجرة ؟ يحتمل العدم ؛ لأن ذلك العقد غير مأذون فيه ، وإلا لم يتوقف علىٰ الاجازة . ويتطرق ذلك إلىٰ ما اذا أجاز . وليس بشيء ؛لأن الاذن في العمل اذا تضمنه العقد الفاسد أوجب أُجرة المثل .

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٢٣ .

وإن تقبل حمل شيء فحمله عليها أو حمل عليها شيئاًمباحاً فباعه فالأُجرة والثمن له ، وعليه أجر مثل الدابة لمالكها .

ومقتضىٰ كلامهم في هذه المسائل كلها الاكتفاء بالاذن السابق ، وسيأتي مثله في القراض ، حيث أن القراض الفاسد يملك المالك فيه الربح كله اذا كان الشراء بالعين ، وللعامل أُجرة المثل .

قولـه : (وإن تقبّل حمل شيء فحمل عليها ، أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالأُجرة والثمن له ، وعليه أُجرة مثل الدابة) .

هذا هو القسم الثاني ، وهو أن لا يكون العامل قد آجر عين الدابة ، بل يكون قد تقبّـل حمل شيء في ذمته ، بأن آجـر نفسه لحمـل شيء في ذمته ، ولم يعيّن لحمله دابة مخصوصة فحمله عليها فإن الاجرة المسماة لـه ؛ لأنهـا في مقابل عمل في ذمته ، وعليه لمالك الدابة أُجرة مثلها بالغة ما بلغت .

وكذا لو حمـل عليها شيئـاً مباح الأصـل كالحـطب اذا حازه بنية أنه لـه ـ وقلنا إن المباحات تملك بالحيازة ولا تحتاج إلىٰ النيـة ـ فإن ثمن هـذا له إن باعه ؛ لأن العين ملكه ، وعليه لمالك الدابة أجرة المثل ، لاستيفـاء ؛ منفعتها التي لم يبذلها المالك مجاناً ، ولم يتعين لها عوض فوجبت أُجرة المثل .

واعلم أن قوله : (فالاجرة والثمن لـه) أراد بها : الاجـرة فيما اذا تقبّـل حمل شيء في ذمته ، وأراد بالثمن : ما أخذه في مقابل المباح الـذي باعـه . ولو حمل عليها ما لا أجر له ، أو لغيـره مجانـاً ، أو بعوض فـاسد فعليـه أُجرة المثل أيضاً .

وإنماذكر المصنف حمل المباح ليبيّن أنه يختص به دون الشـريك ، ولا يستقيم علىٰ اطلاقه ؛ لأنـه لو نـوىٰ بحيازتـه نفسه وشـريكه ـ وقلنـا بأن تملك المباح يتوقف علىٰ النيـة ـ كان المبـاح لهما ، وعلىٰ العـامل نصف أُجـرة مثل

ب : لو دفع دابة إلى سقّاء ، وآخر راوية على الشركة في الحاصل لم تنعقد ، وكان الحاصل للسقاء وعليه أُجرة الدابة والراوية .

ولو كان من واحد دكان ، ومن الآخر رحى ، ومن ثالث بغل ، ومن رابع عمل فلا شركة . ثم إن كان عقد أُجرة الطحن من واحد منهم ، ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فله الأجر أجمع ، وعليه لأصحابه أجرة المثل .

الدابة لذلك العمل . وكذا للعامل علىٰ المالك نصف أُجرة مثله لذلك العمل ، فعلم أن اطلاق المصنف هنا ، مع تردده في أن المباح يفتقر تملكه إلىٰ نية لا يحسن .

علىٰ أن في أصل هذا البناء كلاماً سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى ، وهو ان التوكيل في تملك المباحات لا تتوقف صحته علىٰ اشتراط النية في تملكه مع الحيازة .

قوله : (لو دفع دابة إلىٰ سقّاءٍ ، وآخر راوية علىٰ الشركة في الحاصل لم تنعقد ، وكان الحاصل للسقّاء وعليه أُجرة الدابة والراوية) .

تُعرف هذه المسألة من المقرر فيما اذا حمل علىٰ الدابة شيئاً مباحاً وباعه ، فإن ما ذكرناه هناك آت هنا . وفساد هذه الشركة قد علم غير مرة . والسقاء ممدود ، والراوية هنا المزادة فيها الماء ، ذكر ذلك في القاموس[1] .

قوله : (ولو كان من واحد دكان ، ومن الآخر رحىٰ ، ومن ثالث بغل ، ومن رابع عمل فلا شركة . ثم إن كان عقد أُجرة الطحن من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فله الأجر أجمع ، وعليه لاصحابه أُجرة المثل) .

---

(١) القاموس المحيط (روى) ٤ : ٣٣٧ .

وإن نوى أصحابه أو ذكرهم كـان كما لـو عقد مـع كل واحـد منهم منفرداً .

إذا كان من واحد دكان ، ومن الآخر رحىٰ ، ومن ثالث بغل ، ومن رابع عمل واشتركوا علىٰ أن الحاصل بينهم علىٰ نهج مخصـوص فقد عُلم غيـر مرة فساد الشركة .

ثم انـه إما أن يكـون عقـد الاجـارة علىٰ الـطحن صـادراً من واحـد من الأربعة مع صاحب الطعـام،أو يكون من الأربعـة . فإن كـان من واحد منهم ، فإما أن يكـون قد ذكـر أصحابـه في عقد الاجـارة ، أو قصدهم بقلبـه ، أو لم يذكرهم ولم يقصدهم . وإن صدر العقد من الأربعة فـلا يخلو : إما أن يكـون صاحب الطعام قد استـأجرهم بطحن الطعـام المعلوم ، أو يكون قـد استأجـر الدكان والبغل والرحىٰ والعامل ، فهنا صور :

الأولى : أن يقع العقد من الواحد ، ولم يذكر اصحابه ولا نـواهم ، بل ألزم ذمته طحن الطعام المعلوم بكذا فإن له الأجرالمسمىٰ اجمع ؛ لأنه عـوض العمـل الذي ألـزم ذمته ،وعليـه أُجرة المثـل للذي استوفىٰ منفعتـه من الأعيان المذكورة في طحن الطعام المذكور ، وهذا واضح .

قولـه : (وإن نوى أصحابه ، أو ذكرهـم كان كمـا لو عقـد مع كـل واحد منهم منفرداً) .

الصورة الثانية : أن يقع العقد من واحد ، ولكنـه ذكر أصحـابه لفظاً أو نواهم ، فهذا لا يخلو من أن يكون قد ألزم ذمتهم طحن الطعام بحيث يلزمهم طحنه أرباعاً ، أو يكون قد آجره الأعيان المذكورة بطحنـه ، وحكم ذلك يعلم من الصورتين اللتين يأتي ذكرهما قريباً إن شاء الله تعالىٰ .

ولعل المصنف إنما لم يتعرض لبيان حكم هـذه اعتماداً علىٰ ظهـوره مما سيأتي ، وليس هنا شيء ، إلا أنّ مجرد عقد الاجـارة هل يقتضي لـزوم العقد

ولو استأجر من الجميع فقال : استأجرتكم لطحن هذا الطعام بكذا فالأجر بينهم أرباعاً ؛ لأن كل واحد منهم لزمه طحن ربعه بربع الأجر ، ويرجع كل واحد منهم على كل واحد من أصحابه بربع أجر مثله .

لو كان هو العامل اكتفاء بالإذن الصادر في عقد الشركة ؟ أم لا بد من اجازتهم بعد ذلك ؟ أو سبق توكيلهم أياه خارجاً عما تضمنه عقد الشركة ؟ فيه كلام سبق .

قوله : (ولو استأجر من الجميع ، فقال : استأجرتكم لطحن هذا الطعام بكذا فالاجر بينهم أرباعاً ؛ لأن كل واحد منهم لزمه طحن ربعه بربع الأجر ، ويرجع كل واحد منهم على كل واحد من أصحابه بربع أجر مثله) .

الصورة الثالثة : أن يقع عقد الإجارة من الجميع ، بأن يستأجرهم صاحب الطعام المعيّن لطحنه بأجرة معينة ، وليس المراد من قول المصنف : (فقال : استأجرتكم) ان هذا صيغة عقد الاجارة ليكون تجويزاً لتقديم القبول على الايجاب ، وإنما هو تصوير للمسألة ، وحينئذ فيكون الأجر بينهم ارباعاً ؛ لأن كل واحد منهم لزمه طحن ربع الطعام بربع الأجر .

فاذا طحن الطعام بالآلات المذكورة ، وتولى العامل من غير تبرع ـ ويكفي فيه الاعتماد على عقد الشركة المتضمن لارصادها للعمل بالحصة ـ كان لكل واحد منهم أن يرجع على كل واحد من أصحابه بربع أجر مثل العمل الصادر إما عنه أو عن دابته ، أو الانتفاع بملكه من الرحى والدكان ، فيرجع العامل بثلاثة أرباع أجرة مثل عمله في طحن ذلك الطعام ؛ لأن ربع عمله صُرف في طحن الربع الذي لزمه طحنه ، وثلاثة أرباعه في طحن ثلاثة الأرباع الباقية التي لزم طحنها أصحابه ، ولم يسم لعمله ذلك شيء معيّن ، فوجبت أُجرة المثل على ما ذكره .

ولو قال قد استأجرتُ هذا الدكان والبغل والرحى والرجل بكذا لطحن كذا فالأجر بينهم على قدر أجر مثلهم ، لكل واحد من المسمى بقدر حصته .

ويرجع صاحب البغل بثلاثة أرباع أُجرة مثل طحن الطعام المذكور بالنسبة إلىٰ عمل البغل ، وتقريبه ماذكر ، وكذا القول في الدكان والرحىٰ .

ولا فرق بين أن تكون أُجرة المثل لكل من هذه الأشياء بقدر ربع المسمىٰ ، أو زائداً أو ناقصاً ، فلو كان المسمىٰ عشرين مثلاً كان لكل واحد خمسة . ثم ان أُجرة مثل العامل لو كانت أربعة رجع بثلاثة دراهم علىٰ كل واحد بدرهم ، وكذا القول في أجرة مثل البغل ، فلو كانت ستة رجع علىٰ كل واحد بدرهم ونصف ، وعلىٰ هذا .

قوله : (ولو كان قال : استأجرت هذا الدكان والبغل والرحىٰ والرجل بكذا لطحن كذا فالأجر بينهم علىٰ قدر أجر مثلهم ، لكل واحد من المسمىٰ بقدر حصته) .

هذه هي الصورة الرابعة ، والفرق بينها وبين الثالثة : إنه في الثالثة قد يقبل كل واحد من الشركاء بطحن ربع الطعام في ذمته بربع المسمىٰ ، واستعان علىٰ طحنه بالمنافع المملوكة لاصحابه ، فلذلك كان له المسمىٰ وعليه أُجرة المثل لأصحابه بالنسبة إلىٰ ما استوفىٰ من المنافع المملوكة لهم .

وهنا جرىٰ عقد الاجارة علىٰ الأعيان المذكورة لطحن الطعام المعيّن ، فقد جمع بين اجارة عدة أشياء في عقد واحد ، بعوض واحد ، لعمل معين . فطريق تعيين كل واحد من تلك الاشياء من المسمىٰ تقسيط المسمىٰ علىٰ أُجرة المثل لتلك الأشياء باعتبار ذلك العمل ، كما لو جمع في عقد البيع بين بيع ملكه وملك غيره بثمن واحد مع رضاء المالك ، فإنّا نقسّط الثمن علىٰ قيمة المالين .

ج : لو صاد ، أو احتطب ، أو احتش ، أو أحاز بنية أنه لـه ولغيره لم تؤثر تلك النية ، وكان بأجمعه له .

ومعلوم أن قيمة العمل أُجرة مثله ، فحينئذ لو كانت أُجرة مثل عمل ذلك العامل الربع من أُجرة مثل الجميع باعتبار ذلك العمل كان له ربع المسمىٰ .

ولـوكانت أُجـرة مثل البغـل ثلث أجـرة مثـل الجميـع كـان لمـالكـه ثلث المسمىٰ ، وكذا أُجرة مثل الرحىٰ لـو كانت ثـلاثة أربـاع سدس كـان لمالكهـا ثلاثة أرباع سدس المسمىٰ ، ولمالك الـدكان البـاقي لا محالـة ، وهو سـدس وثـلاثة أربـاع سدس ؛ لأن أُجـرة مثله من مجموع أُجـرة المثل للجميـع هـو ذلـك ، والمخرج الجـامع أربعـة وعشرون ، فلو كـان هو أُجـرة مثل الجميـع والمسمىٰ ثمانية عشر مثلاً لكان للعامل أربعة ونصف ، ولمـالك البغـل ستة ، ولمالك الرحىٰ اثنان وربـع ، ولمالـك الدكـان خمسة وربـع ، ومجموع ذلـك ثمانية عشر .

واعلم أن المصنف في التذكرة قال في هذه المسـألة : فيـوزّع المسمىٰ عليهم ويكون التراجـع بينهم علىٰ ما سبق[1] . ولا شـك أن الحكم بالتـراجع هنا غلط ؛ لأن الاجارة اذا وقعت علىٰ أعيان هذه الأشياء لم يعقل التراجع .

قـولـه : (لو صـاد ، أو احتطب، أو أحتش ، أو أحـاز بنية أنـه لـه ولغيره لم تؤثر تلك النية ، وكان بأجمعه له) .

ينبغي أن يتزّل ذلك علىٰ ما اذا لم يكن وكيلاً للغير ، فإنه علىٰ ما ذكـره من الإشكال في توقف تملك المبـاح علىٰ النية يجب أن يكـون تملكه فقط مـع قصد التملك بالحيازة له ، ولغيـره اذا كان وكيـلاً للغير في تملك المبـاح علىٰ الاشكال ، فلا يستقيم الجزم بعدم تملك الغير إلا اذا لم يكن وكيلاً .

ثم جـزمه بكـون المجموع لـه مع النيـة المذكـورة لا يستقيم ، إلا علىٰ

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٢٤ .

وهل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نية التملك ؟ إشكال .

القول بأن المباح يملك بمجرد الحيازة ، ولا عبرة بالنية . واعلم ان : (أحاز) الواقع في العبارة بمعنىٰ حاز ، إلا أنّ أحاز بمعنىٰ جاز لم أجده في كلام أئمة اللغة .

قوله : (وهل يفتقر المحيز في تملك المباح إلىٰ نية التملك ؟ اشكال) .

ينشأ : من أن اليد والسلطنة سبب في الملك ، ولهذا تجوز الشهادة بمجرد اليد من دون توقف علىٰ أمر آخر ، ولأن الحيازة سبب لحصول الملك في المباح في الجملة قطعاً بالاتفاق ، لأن أقصىٰ ما يقول المشترطون للنية : إنها سبب ناقص ، فحصول الملك بها في الجملة أمر محقق ، واشتراط النية لا دليل عليه ، فينتفي بالأصل .

فإن قيل : الأصل عدم حصول الملك إلا بالنية ؛ لأن الأصل في المباح عدم الملك فيستصحب إلىٰ أن يحصل الناقل .

قلنا : أصلان تعارضا فتساقطا، وتبقى سببية اليد بغير معارض .

ومن أنه قد تكرر في فتوىٰ الأصحاب ، أن ما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر يملكه المشتري ، ولا يجب دفعه إلىٰ الصائد ، ولا تعريفه إياه ، ولو كانت الحيازة كافية في التملك لوجب دفعه اليه .

وفيه نظر ، لأنّا لا نسلم أن ما في بطن السمكة مما لا يعد جزءً لها ، ولا كالجزء مثل غذائها يعد محوزاً لحيازتها ، ولو سُلّم فأقصىٰ ما يلزم اشتراطه إماالقصد إلىٰ المحوز بالحيازة ، أو الشعور به ولو تبعاً ، أما نية التملك فلا .

ويؤيد الأول : أنه لو اشترطت النية في حصول الملك لم يصح البيع قبلها ؛ لانتفاء الملك ، والتالي معلوم البطلان ؛ لإطباق الناس علىٰ فعله في

. . . .

كل عصر من غير توقف علىٰ العلم بحصول النية ، حتىٰ لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما أهو بيع أم استنقاذ لعدم نية التملك ؟ لا يلتفت إلىٰ قول من يدعي الاستنقاذ .

قال الشارح الفاضل : إنه أورد ذلك علىٰ والده المصنف فاجاب عنه : بأن إرادة البيع تستلزم نية التملك[1] . وهذاالجواب إنما يتم في من حاز وتولىٰ البيع ، فلو تولاه وارثه الذي لا يعلم بالحال ، أو وكيله المفوّض في جميع أُموره بحيث يتصرف في بيع ما حازه من المباحات بالوكالة العامة لم يدفع السؤال .

ويرد عليه أيضاً : أنّ حيازة الصبي والمجنون علىٰ ما ذكروه يجب أن لا تثمر الملك جزماً ؛ لعدم العلم بالنية ، وعدم الاعتداد باخبارهما خصوصاً المجنون . ولو خلّف ميت تركة فيها ما علم سبق كونه مباح الأصل ، ولم يعلم نية تملكه لا يجب علىٰ الوارث تسليمه في الدين والوصية ، والأصح عدم اشتراطها .

واعلم أن البحث عن هذه المسألة في كتاب الشركة ، إنما ساق اليه الكلام في مسألة السقاء اذا حاز الماء بقصد الشركة .

وكذا الكلام فيما لو صاد ، أو احتطب بنية أنه له ولغيره ، فإنه إذا سبق التوكيل من الغيرصح ، وثبتت الشركة في المحوز ، علىٰ القول بأن تملك المباحات حينئذ يحتاج مع الحيازة إلىٰ النية ، وعلىٰ القول بالعدم فلا شركة ، والملك لمن اختص بالحيازة . وستأتي هذه المسألة إن شاء الله تعالىٰ في الوكالة .

وفي هذا البناء نظر ؛ لأنا وإن لم نشترط النية ، فلا يلزم ثبوت الملك مطلقاً بالحيازة، إذ لا دليل علىٰ أن المباحات تملك بالحيازة علىٰ طريق

---

(١) ايضاح الفوائد ٢ : ٣٠٣ .

. . . .

القهر ، بحيث لو نوىٰ ما يقتضي عدم الملك ثبت ملكه بغير اختياره قهراً كالارث . ولِمَ لا يجوز أن يقال : إنه يملك بالحيازة إن نوىٰ التملك ، أو لم ينوِ شيئاً ، وإن نوىٰ الضد انتفىٰ الملك ؟ وهذا أصح ، فإن من حوّل تراباً أو حجراً من طريق ونحوه مريداً التمكن من عبوره ، أو قطع غصن شجرة مباحة وحوله عن ممره الذي يطلب سلوكه لا يدخل ذلك في ملكه ، ولا يمنع من أخذه آخذ ، ولا يخرج عن أصل الاباحة ؛ لعدم الناقل .

ومثله من حفر بئراً في المباح لمجرد الارتفاق ، فإن ذلك كله دليل علىٰ إرادة عدم التملك ، فلا يخرج المباح بذلك عن أصل الاباحة . فحينئذ اذا نوىٰ نفسه وموكله فقد حصل المانع من تملكه بالحيازة في النصف ، وحيث أن يد الوكيل يد الموكل يثبت الملك للموكل ، ولا يتوقف ذلك علىٰ الحكم بتوقف تملك المباحات علىٰ النية .

* * *

المقصد الخامس: في القراض، وفصوله ثلاثة:

الأول: في أركانه، هي خمسة:

الأول: العقد، فالإيجاب: قارضتك، أو ضاربتك، أو عاملتك على أن الربح بيننا نصفين أو متفاوتاً.

والقبول: قبلت، وشبهه من الألفاظ الدالة على الرضى.

قوله: (فالإيجاب: قارضتك، أوضاربتك، أوعاملتك).

قال في التذكرة: لايختص الإيجاب لفظاً، فلو قال: خذه وأتجر به على أنّ الربح بيننا متساوياً أو متفاوتاً جاز[1].

وما ذكره حق، لأنّ هذا عقد جائز، فيكفي فيه كلّ لفظ دلّ على المعاملة المطلوبة. نعم لابدّ من اللفظ، لأنّ الأفعال لا دلالة لها، والرضى بالوجه المخصوص المعتبر في المعاملات من الامور الباطنة التي لايطّلع عليها إلاّ الله سبحانه وتعالى.

قوله: (والقبول: قبلت، وشبهه من الألفاظ الدالّة على الرضى).

قال في التذكرة: وهل يعتبر اللفظ؟ الأقرب العدم، فلو قال: خذ هذه الدراهم فاتّجر بها على أنّ الربح بيننا على كذا، فأخذها واتّجر، فالأقرب الأكتفاء به في صحة العقد كالوكالة[2].

وما قرّبه المصنف هو المختار، لأن العقد الجائز من الطرفين يكفي في قبوله ما دلّ على الرضى بالإيجاب، والأخذ عقيبه دالّ على ذلك، وليس هو كالعقد اللازم لأنّ الحكم بلزومه متوقف على حصول السبب المعتبر شرعاً، وهو اللفظ المعين .

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٢٩.

(٢) التذكرة ٢ : ٢٢٩.

وهو عقد قابل للشروط الصحيحة مثل أن لا يسافر بالمال، أو لا يشتري إلّا من رجل بعينه، أو قماشاً معيّناً وإن عز وجوده كالياقوت الأحمر، أو لا يبيع إلّا على رجل معيّن.

ولو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد مثل أن يشترط ضمان المال، أو سهمًا من الخسران، أو لزوم المضاربة، أو ألّا يبيع إلّا برأس المال أو أقل.

نعم قال في التذكرة: لابدّ من القبول على التواصل المعتبر في سائر العقود.

وفيه نظر، لأنّ ذلك معتبر في العقود اللازمة خاصة دون الجائزة من الطرفين، وسيأتي التصريح بذلك في الوكالة ان شاء الله تعالى.

واعلم: أنّه يشترط لصحة العقد التنجيز، فلو علّقه بشرط كدخول الدار، أو صفة كطلوع الشمس لم يصح، وبه صرّح في التذكرة[1]، لانتفاء الجزم المعتبر في العقود.

قوله: (وهو: عقد قابل للشروط الصحيحة).

لامزية لهذا العقد في ذلك، بل كل عقد قابل لذلك.

قوله: (وإنْ عزّ وجوده كالياقوت الأحمر، أو لايبيع إلّا على رجلٍ معين).

خلافا للشافعي[2] ومالك[3]، ووجه الصحة: عموم الدلائل، والتضييق غير مانع كالوكالة.

قوله: (ولو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد، مثل: أن يشترط ضمان المال، أو سهمًا من الخسران، أو لزوم المضاربة، أو ألّا يبيع إلّا برأس المال أو أقل).

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٢٩.

(٢) المجموع ١٤ : ٣٧٩.

(٣) المدونة الكبرى ٥ : ١٢٠.

ولو شرط توقيت المضاربة لم يلزم الشرط والعقد صحيح، لكن ليس للعامل التصرف بعده.

ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر، أو يأخذ منه بضاعة، أو قرضاً، أو يخدمه في شيء بعينه فالوجه صحة الشروط.

وجه البطلان: أنّ هذه شروط باطلة، لمنافاتها مقتضى العقد شرعاً، فيبطل العقد بها، لأن التراضي المعتبر فيه حينئذ لم يقع إلّا على وجه فاسد، فيكون باطلا.

ويحتمـل ضعيفـاً صحة العقد وبطلان الشرط، لأن بطلان أحد المتقارنين لايقتضي بطلان الآخر.

وجـوابه: أنّ التراضي في العقد شرط، ولم يحصل إلّا على الوجه الفاسد، فيكون غير معتبر، فيفوت شرط الصحة.

قوله: (ولو شرط توقيت المضاربة لم يلزم الشرط والعقد صحيح، لكن ليس للعامل التصرّف بعده).

قد سبق تحقيقه في الشركة وإنّما كان العقد صحيحا مع الشرط المذكور، لأنه لم يناف مقتضاه، اذ ليس مقتضاه الإطلاق، بخلاف عدم الضمان بدون التفريط.

قوله: (ولوشرط على العامل المضاربة في مال آخر، أو ياخذ منه بضاعةً أو قرضاً، أو يخدمه في شيء بعينه، فالوجه صحة الشرط).

وجـه الصحـة: عمـوم قولـه تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] وقوله عليه السلام (المؤمنون عند شروطهم)[2] وليس الشرط محرماً ولامنافياً لمقتضى العقد.

وقال الشيخ في المبسوط: إذا دفع إليه ألفاً قراضاً على أن يدفع إليه ألفاً بضاعة بطل الشرط، لأنّ العامل في المضاربة لايعمل عملاً بغير جعل ولا قسطٍ من

---

(١) المائدة : ١.

(٢) الكافي ٥ : ٤٠٤ حديث ٨، التهذيب ٧ : ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

الربح، وإذا بطل الشرط بطل القراض، لأنّ قسط العامل يكون مجهولاً، لأنّ المالك إنّما جعل له النصف بشرط أن يعمل له عملاً مجاناً، فينتقص من حصة العامل قدر ما يزيد فيه لأجل البضاعة، وهو مجهول[1].

ثم قال: ولو قلنا القراض صحيح والشرط جائز - لكنه لايلزم الوفاء به، لأنّ البضاعة لايلزم القيام بها- كان قوياً[2]. وجزم ابن البرّاج بفساد القراض والشرط[3].

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن المصنف[4] وجماعة[5] قد صرّحوا بصحة القراض والشرط، وصرّح في التحرير بأنّه لايلزمه الوفاء به[6]، وهو حق، فأن العقد جائز من الطرفين، لكن لم يذكروا حكم ما إذا عمل العامل ولم يف بالشرط وظهر ربح، والذي يقتضيه النظر أنّ للمالك الفسخ، لفوات ما جرى عليه التراضي، فيكون للعامل أجرة المثل وللمالك الربح كله.

وقول المصنف: (ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر) المراد به: مضاربة المالك العامل بحيث يدفع اليه المالك مالا آخر للمضاربة، وكذا قوله: (أو يأخذ منه بضاعة) وقوله (أو يخدمه في شيء بعينه)، وعبارة المبسوط صريحة في ذلك[7]، الا انه لو شرط ذلك من طرف العامل على المالك فالحكم كما هنا بغير تفاوت، إلّا أنّ

(١) المبسوط ٣ : ١٩٧.

(٢) المبسوط ٣ : ١٩٧.

(٣) المهذب ١ : ٤٦٦.

(٤) المختلف : ٤٨٣.

(٥) منهم يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع : ٣١٨، والمحقق في الشرائع ٢ : ١٤٥، وولد العلامة فخر المحققين في ايضاح الفوائد ٢ : ٣٢٠.

(٦) تحرير الاحكام ١ : ٢٧٩.

(٧) المبسوط ٣ : ١٩٧.

الثاني:المتعاقدان، ويشترط فيهما: البلوغ، والعقل، وجواز التصرف.

ويجوز تعددهما، واتحادهما، وتعدد أحدهما خاصة. وأن يكون الدافع رب المال أو من أذن له.

الفسخ هنا بعد العمل - إذا لم يحصل الوفاء بالشرط - يكون للعامل، لأنّه إنّما رضي بالحصة القليلة مع هذا الشرط .

قوله: (الثاني: المتعاقدان، ويشترط فيهما: البلوغ، والعقل، وجواز التصرف).

احترز به عن السفيه والمفلس والعبد .

قوله: (ويجوز تعدّدهما، واتحادهما، وتعدّد أحدهما خاصة).

المراد: تعدّد المالك والعامل، فـ (تعدّد احدهما) هو: تعدّد المالك أو العامل .

فإذا تعدّد العامل إشترط تعيين الحصة لكل منهما، ولايجب تفصيلها، بل يجوز أن يجعل النصف لهما، فيحكم بالنصف لهما معا بالسوية، لاقتضاء الاطلاق ذلك، واصالة عدم التفصيل، وبه صرّح في التذكرة[1]، وان فاوت بينهما صحّ عندنا، واشترط التعيين قطعا.

وإنْ تعدّد المالك، فإن استويا في الحصة للعامل، صحَّ ولم يشترط قدر مالكلٍّ منهما. وإنْ تفاوتا، وجب تعيين الحصة من كلٍّ منهما، ومعرفة قدر مالكلٍّ واحد منهما، للجهالة بدونه .

قوله: (وأنْ يكون الدافع ربّ المال أو من أذن له).

لأنّ غيرهما ممنوع من التصرف، وهذا العقد قابل للاستنابة،فجاز التوكيل فيه.

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٣٠.

فلو ضارب العامل غيره بإذن المالك (أو وكيله خ) صح وكان الأول وكيلاً، فإن شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يجز؛ لأنه لا مال له ولا عمل.

وإن ضارب بغير إذنه بطل الثاني، فإن لم يربح ولا تلف منه شيء ردّه على المالك ولا شيء له ولا عليه.

وإن تلف في يده طالب المالك من شاء منهما، فإن طالب الأول رجع على الثاني مع علمه؛ لاستقرار التلف في يده،

قوله: (فلو ضارب العامل غيره بإذن المالك صحّ وكان وكيلا، فان شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح، لأنّه لا مال له ولا عمل).

إنْ قيل: مضاربة آخر باقل من الحصة المشروطة له عمل، فيستحق الزائد.

قلنا: ليس هو من اعمال المضاربة، لأنّ اعمالها التجارة بالمال لا المعاملة عليه.

قوله: (وإنْ ضارب بغير إذنه بطل الثاني).

لم أجد التصريح بكون العقد هنا فضولياً يقف على الإجازة فيصحّ معها، إلاّ أنّه متجه، لأنّ العقد اللازم إذا لم يقع باطلاً لكونه فضولياً، فالجائز أولى.

قوله:(فإن لم يربح ولاتلف منه شيء، ردّه على المالك ولا شيء له ولا عليه).

كما يجب الردّ على العامل الثاني، كذا يجب على العامل الأول، لعدوانه بالتسليم، ولأنّ (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)[1] والمالك بالخيار في مطالبة كل منهما بالرد.

قوله: (وان تلف في يده، طالب المالك من شاء منهما، فان طالب الأول رجع على الثاني مع علمه، لاستقرار التلف في يده).

---

(١) سنن البيهقي ٦ : ٩٥، مستدرك الحاكم النيسابوري ٢: ٤٧.

وكذا مع عدم علمه على إشكال ينشأ من الغرور.

وإن طالب الثاني رجع على الاول مع جهله على اشكال لا مع علمه

وكونه غاصباً، حيث إنّه استقل باثبات اليد على مال الغير عدواناً مع علمه بالحال.

قوله: (وكذا مع عدم علمه على اشكال، ينشأ من الغرور).

أي: وكذا يرجع الأول على الثاني مع عدم علمه بالحال على إشكالٍ، ينشأ: من استقرار التلف في يده، ومن أنّه مغرور، حيث دخل على أنّه غير ضامن بالتلف، بناءً على أنّ المال للعامل الأول، فيكون قرار الضمان عليه، لأنه غارّ، وقد دخل معه على عدم الضمان بالتلف، وهو الأصح، والاشكال ضعيف جداً.

وقد سبق في الغصب جزم المصنف بأنّ من ترتّبت يده على يد الغاصب، ولم يكن في الصورة يد ضمان كالمرتهن، يكون قرار الضمان مع التلف على الاول، وهو الغاصب.

لا يقال: العامل الأول ليس بغاصب ولا يده يد عدوان، وإنّما تعدّى بالتسليم بدون إذن المالك.

لأنّا نقول: الحكم في الموضعين واحد، وكذا دليلهما، بل لو ظهر استحقاق مال المضاربة وقد تلف في يد العامل بغير تعدٍّ، فقرار الضمان على الدافع، لأنّه دخل معه على أنّ التلف بغير تفريط يكون منه، لأن ذلك حكم المضاربة، فيجب الوفاء به، ولاريب أنّ الجاهل بالغصب أولى بعدم استقرارالضمان من المقدم على العدوان.

قوله: (وإن طالب الثاني رجع على الأول مع جهله على إشكالٍ).

ينشأ مّما ذكرناه، والأصح الرجوع، لما بيناه.

قوله: (لامع علمه).

لأنه حينئذٍ غاصب، وقد استقر التلف في يده، فيكون قرار الضمان عليه.

وان ربح فللمالك خاصة.

وفي رجوع الثاني على الأول بأُجرة المثل احتمال. ولو قيل: إن كان الثاني عالماً بالحال لم يستحق شيئاً، وإن جهل فله أُجرة المثل على الأول كان وجهاً.

قوله: (وإن ربح فللمالك خاصة، وفي رجوع الثاني على الأول بأُجرة المثل احتمال).

وجه الاحتمال: أنّه لم يتبرع بالعمل، لأنّه إنّما عمل في مقابل الحصة، فحيث لم تسلم له وجبت اجرة المثل، والعامل الأول هو الذي عامله، فكان له مطالبته بها.

قوله: (ولو قيل: إن كان الثاني عالماً بالحال لم يستحق شيئاً وإن جهل فله اجرة المثل على الأول، كان وجهاً).

سوق العبارة يفهم منه أنّ الاحتمال الذي ذكره سابقاً آتٍ على كلٍّ من تقديري: علمه بالحال وجهله، حيث اطلق أولاً وفصّل ثانياً، ولاشك في أنّه إذا كان عالماً لايستحق أُجرة، وقد صرّح بذلك في التذكرة[1].

ويمكن أن لا يريد الإطلاق في الأول، وإن كان ظاهر اللفظ، بل يكون مراده مجيء الاحتمال في صورة الجهل.

ووجه الاستحقاق ما سبق، ووجه العدم: أنّ العامل إنّما يستحق الحصة من الربح، وعلى تقدير عدم حصولها لايستحق شيئاً، وهذا الربح في حكم المعدوم، كذا قال الشارح الفاضل[2].

وفيه نظر: لأنّ ذلك مع عدم حصول ربح أصلاً، لامع استحقاق شخص آخر له، على أنّ هذا لو تم لكان حق العبارة أن لايذكر العالم في قوله: (ولو قيل) إلّا أنْ

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٠.

(٢) ايضاح الفوائد ٢ : ٣٠٥

ويحتمل عدم لزوم الشراء إن كان بالعين، وإن كان في الذمة احتمل اختصاص الثاني به، والقسمة بينه وبين العامل الأول في النصف، واختصاص المالك بالآخر إن كان الأول شَرط على الثاني أن للمالك النصف والآخر بينهما.

يقال: لو لم يذكره لأوهم الاستحقاق مطلقاً، فلما قيده لدفع الوهم حصل خلل آخر.

قوله: (ويحتمل عدم لزوم الشراء إن كان بالعين، وإن كان في الذمّة احتمل: اختصاص الثاني به، والقسمة بينه وبين العامل الأول في النصف واختصاص المالك بالآخر إنْ كان الأول شرط على الثاني أنّ للمالك النصف والآخر بينهما).

هذا الاحتمال في مقابل إطلاق قوله: (وإن ربح فللمالك خاصة) إذ ليس في العبارة ما يصلح أنْ يكون مقابلاً له سواه، ومقابلته إياه تقتضي أن يكون حكمه بأنّ الربح للمالك سابقاً مطلقاً، سواء وقع الشراء بالعين أو في الذمة، وسواء نوى بالشراء نفسه أو المالك أو العامل الأول، وقد أطلق العبارة بكونه للمالك في التذكرة[1] كما أطلق هنا، وذكره في التحرير احتمالاً[2] وتخريجه إنّما يستقيم على القول بأنّ ما يربحه الغاصب إذا اشترى في الذمة وسلم المغصوب يقع للمالك، لأنّ العامل الثاني غاصب إن كان عالماً، وإلاّ فالغاصب هو الأول، وهو القول القديم للشافعي[3]، أما على القول بأنّ الربح في هذه الصورة يقع للغاصب، فلاوجه لهذا اصلاً.

وإذا وقع الشراء بالعين فهو كشراء الفضولي، ووجه هذا الاحتمال: أنّ الشراء بالعين حيث إنّه كشراء الفضولي، وجب أن لايكون لازماً ولا نافذاً، بل يقع موقوفاً

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٠.

(٢) التحرير ١ : ٢٧٨.

(٣) المجموع ١٤ : ٣٧٠، الوجيز ١ : ٢٢٤.

. . . .

على الاجازة من المالك.

وأمّا وجه الاحتمال الأول من الاحتمالين اللذين ذكرهما فيما إذا كان الشراء في الذمة؛ فلأنّ الشراء إذا كان في الذمة ولم يذكر المشتري أحداً يقع له، فيستحق الربح كله.

ووجه الثاني في كلام المصنف :أنّه اشترى للمضاربة، فوجب أن يقع الشراء لها على حكمها، فيكون للمالك النصف، والنصف الآخر بين العامل الأول والثاني، إذا شرط الأول على الثاني ذلك.

إلّا أنّ في هذا مناقشتين:

إحداهما: أنّ المتبادر من العبارة أن الاحتمالين المذكورين متعلقهما واحد، وليس كذلك، لأنّ الثاني متعلقه ما إذا عَلِمَ العامل الثاني بالحال وجرى الشرط عليه كذلك، وفرض المسألة الأُولى أعم.

الثانية: إنّ المصنف قد أسلف أنّ العامل الأول إذا شرط لنفسه شيئاً من الربح لايستحق شيئاً اصلاً، لأنّه لامال له ولاعمل، وجزم بذلك. فكيف يتوجّه هذاالاحتمال؟

ويجاب عن هذا: بأنّ الجزم بالحكم لاينافي إحتمال مقابله، أو أنّ ماذكره سابقاً بناءً على أنّ الشراء بعين المال - لأنّ وضع المضاربة على ذلك - وما هنا على فرض كون الشراء في الذمة .

ولو سكت عن قوله: (إن كان الأول شرط على الثاني أنّ للمالك النصف الى آخره) لكان أولى، ويكون هذا هو ما بناه الشيخ رحمه الله في المبسوط[1]، على أنّ ربح الغاصب كلّه لربّ المال، معللاً بأنّ المالك دخل على أن له النصف، فلا يستحق اكثر ممّا شرط لنفسه، بخلاف الغاصب، لأنّ ربّ المال لم يشترط لنفسه أخذ النصف فقط،

---

(١) المبسوط ٣ : ١٨١.

. . . .

فيكون النصف الآخر بين العامل الأول والثاني نصفين، إن كانت المضاربة بينهما بالنصف، وإلّا فعلى حكم ما اشترطاه، لأنّ الشرط إنّما جرى على الربح الحاصل، ولم يحصل إلّا النصف، لأنّ النصف الآخر لاستحقاق المالك إياه كأنّه لم يحصل.

لكن على هذا هل يستحق العامل الثاني على الأول نصف أُجرة المثل مع جهله بالحال؟ يحتمل ذلك، لأنّه دخل على أنّ نصف جميع الربح مثلاً له، وقد فات نصفه، فيجب نصف أُجرة المثل. ويحتمل العدم، لأنّ النصف المصروف الى المالك بمنزلة المعدوم.

إذا تقرر هذا، فاعلم: أنّ ما ذكره على كل من الاحتمالات لايجري على أُصولنا، لأنّ الحكم بأنّ ربح ما اشتراه الغاصب في ذمته للمالك ليس مذهبا لنا، واستحقاق العامل الأول مع أنّه لا مال له ولا عمل كذلك.

والتحقيق أن نقول: إما أن يكون الشراء بالعين أو في الذمة، فان كان بالعين وقف على إجازة المالك، فإن أجاز فالربح كلّه له، لوقوع البيع حينئذ له، وللعامل الثاني على الأول أُجرة المثل مع جهله.

وإن كان في الذمة، فإن لم ينوِ أحداً، وقع الشراء له وضمان المال عليه، لتعديه لمخالفة مقتضى المضاربة وإنْ صرّح بالمالك وقف على إجازته كالعين، وكذا لو نواه على إحتمال قريب، لأنّ العقود تابعة للقصود، وإن صرّح بالعامل الأول، وقع له بالإذن سابقاً، أو بالإجازة مع عدمه، وكذا لو نواه على الاحتمال، فيقع الربح له[1] وعليه[2] الأُجرة للثاني مع جهله، إن لم يتعدّ مقتضى المضاربة، لا أن تعدّى، ويكون

---

(١) اي : للاول.

(٢) اي : على الاول.

ولو شرط المريض للعامل ما يزيد عن أُجرة المثل لم يحتسب الزائد من الثلث، إذ المقيّد بالثلث التفويت وليس حاصلاً، لانتفاء الربح حينئذٍ.

وهل المساقاة [كذلك] ؟ إشكال، ينشأ: من كون النخلة تثمر بنفسها فهي كالحاصل.

المال حينئذٍ[١] مضموناً عليه[٢]، فيكون القرار مع التلف عليه.

قوله: (ولو شرط المريض للعامل ما يزيد على أُجرة المثل، لم يحتسب الزائد من الثلث، إذ المقيد بالثلث التفويت، وليس حاصلاً هنا، لانتفاء الربح حينئذ).

المراد: أنّ المريض في مرض الموت لو عامل على شيء من ماله مضاربة، وشرط للعامل ما يكون حاصله أزيد من أجرة المثل لعمله صحت المضاربة والشرط، ولم يحتسب الزائد من المشروط عن أُجرة المثل من الثلث المستثنى للمريض التصرف فيه،بل يكون ذلك ماضياً بكل حال.

وذلك لأنّ المحسوب من الثلث من المتبرعات، والمقيّد جوازه بكونه ثلثاً فما دون من التصرفات إنّما هو التصرف المتضمن لتفويت شيء من مال المريض، وذلك منتفٍ هنا، لأنّ الربح أمر معدوم متوهم الحصول وليس مالاً للمريض، وإذا حصل بسعي العامل بعد المعاملة، حدث القدر المشروط منه على ملكه، فلم يكن للمريض ولا للورثة في ذلك استحقاق ليعتبر كونه من الثلث.

قوله: (وهل المساقاة كذلك؟ إشكال، ينشأ من كون النخلة تثمر بنفسها فهي كالحاصل).

بخلاف الدراهم فإنّها لاتربح بنفسها من دون استرباح.

---

(١) اي : حين التعدي.

(٢) اي : على الثاني.

وإذا فسد القراض بفوات شرط نفذت التصرفات وكان الربح بأجمعه للمالك، وعليه للعامل أُجرة المثل إلّا إذا فسد، بإن شرط جميع الربح للمالك ففي استحقاق الأُجرة إشكال ينشأ: من رضاه بالسعي مجاناً.

ومن أنّه لم يتلف من تركته شيئاً، لأنّ الثمرة ليست مالاً حال المعاملة، وإذا حدثت، حدثت على ملك العامل والمريض، فلم يكن المشروط مالاً للمريض، وهذا أقوى.

والفرق بين هذا والذي قبله ـ بأنّ النخلة تثمر بنفسها ـ ضعيف.

أمّا أولاً: فلأنّ لسعي العامل أثراً بيناً في ذلك، بل ربما لايحصل شيء يعتد به بدون العمل.

وأمّا ثانياً: فلأنّ المتوقع حصوله لايعدّ مالاً، ولايحسب تفويته على أحد من غاصب ومريض وغيرهما، فان المريض لو وهب نخله أو اتلفه لم يحسب عليه الثمرة قطعاً، وإنْ كان قد قرب زمان ظهورها جداً، مع أنّه لو تركها لأثمرت عادة، وكذا الغاصب. وليس المتنازع فيه بزائد على ذلك، فإنه أحدث ما منع من حدوث الثمرة بتمامها على ملكه.

قوله: (وإذا فسد القراض بفوات شرط، نفذت التصرفات، وكان الربح بأجمعه للمالك، وعليه للعامل أُجرة المثل).

إنّما نفذت التصرفات لإذن المالك فيها، وهذا يقتضي اعتبار الإذن الواقع في العقد الفاسد.

قوله: (إلّا إذا فسد: بأنْ شرط جميع الربح للمالك، ففي استحقاق الأُجرة إشكال، ينشأ من رضاه بالسعي مجاناً).

ومن حيث اطلاقهم أنّه إذا فسد القراض كان الربح للمالك وللعامل أُجرة المثل.

الثالث: رأس المال، وشروطه أربعة:

الأول: أن يكون نقداً، فلا يصح القراض بالعروض، ولا بالنقرة، ولا بالفلوس، ولا بالدراهم المغشوشة.

ولو مات المالك وبالمال متاع فأقره الوارث لم يصح.

ويضعّف: بأنّ ذلك على تقدير أن لايدخل بشرط أن لاعوض لعمله، فاذا دخل على ذلك كان متبرعاً وإنّما قلنا: أنّه دخل على ذلك، لأنّ عوض القراض الصحيح منحصر في الحصة من الربح قطعاً، فاذا دخل على أنّه صحيح ولا حصة له، فقد دخل على أنّه لاعوض لعمله، فكيف يستحق أُجرة؟ وهو الأصح.

قوله: (أنْ يكون نقداً، فلا يصح القراض بالعروض ولا بالنقرة، ولا بالفلوس، ولا بالدراهم المغشوشة).

العروض بضم العين جمع عَرض بفتحها ساكن الوسط ويحرك، وهو: المتاع وكلّ شيء سوى النقدين، ذكر ذلك في القاموس.[1]

والنقرة بضم أوله: القطعة المذابة من الذهب والفضة.

والمراد بالنقد: الدراهم والدنانير المضروبة المسكوكة، وإنّما لايصح بالدراهم المغشوشة إذا لم تكن معلومة الصرف بين الناس، فان علم صرفها وجرت في المعاملة، جازت المضاربة عليها، سواء كان الغش أقل أو أكثر، خلافاً لأبي حنيفة[2]، وما عدا ذلك لا تصح المضاربة عليه باجماعنا واتفاق أكثر العامة[3].

قوله: (ولو مات المالك وبالمال متاع، فأقرّه الوارث لم يصح).

---

(١) القاموس ٢ : ٣٣٤.

(٢) بدائع الصنائع ٦ : ٨٢، الوجيز ١ : ٢٢١.

(٣) المجموع ١٤ : ٣٦١، بدائع الصنائع ٦ : ٨٢.

ولو دفع شبكة للصائد بحصة فالصيد للصائد وعليه أُجرة الشبكة.

الثاني: أن يكون معيّناً فلا يجوز على دين في الذمة.

ولو قال له: اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل

المراد: أنّ الوارث أقرّه على كونه عاملاً بعقدٍ مستأنف [لا][1] بالعقد الأول، لامتناع اعتباره، لأنّ المالك الآن غير العاقد، وقد انفسخ العقد بموته، لأنّه جائزٌ من الطرفين.

وإنّما لم يصح إقراره بعقد مستأنف، لفقد شرط رأس المال، فإنّ الفرض أنّه ليس نقداً[2].

قوله: (ولو دفع شبكة للصائد بحصة، فالصيد للصائد وعليه أُجرة الشبكة).

هذا بناءً على أنّ التوكيل في تملك المباح لا يتصور، أو أنّ العامل لم ينو بالتملك إلّا نفسه. فلو نوى بالحيازة الملك له ولصاحب الشبكة، وقلنا بحصول الملك بذلك، كان لكلٍّ منهما الحصة المنوية له، وعلى كلٍ منهما للآخر من أُجرة مثل الصائد والشبكة بحسب ما أصابه من الملك.

قوله: (الثاني: انْ يكون معيناً، فلا يجوز على دَيْنٍ في الذمة).

قال في التذكرة: لانعلم فيه خلافاً[3].

قوله: (ولو قال له: اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه،

---

(١) ما بين المعقوفتين لم يرد في «ك» و «هـ»، واثبتناه من الحجرية لاختلال المعنى بدونه.

(٢) في «هـ»: فإن العرض ليس نقداً.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢ : ٢٣١.

واشترى بعين المال للمضاربة فالشراء له، وكذا إن اشترى في الذمة.

ولو أقرضه الفاً شهراً ثم [هو] بعده مضاربة لم يصح، ولو قال: ضارب به شهراً ثم هو قرض صح.

ففعل واشترى بعين المال للمضاربة فالشراء له، وكذا إنْ اشترى في الذمة).

لا يخفى بطلان القراض، لوقوعه على الدين لأنّه وقع قبل العزل.

ثم إنّ الأمر بالعزل لايقتضي تعيين الدين، فيكون باقياً في ذمة المديون والمعزول له، فاذا اشترى للمضاربة بعين المال، كان الشراء له، لأن المال ملكه، ونية القراض لاأثر لها في الشراء بملكه، وكذا إنْ اشترى للقراض في الذمة ودفع المال، لأنّ المأذون فيه هو الشراء للقراض لينقد فيه مال القراض، وقد تقرّر أنّ المال الذي في يده له، فاذا اشترى وقع الشراء له، كذا قرّر في التذكرة[1].

ولقائل أنْ يقول: لِمَ لايكون الشراء فضولياً يتوقف على الإجازة؟ لأنّه قد نواه، والعقود بالقصود.

قوله: (ولو اقرضه ألفاً شهراً ثم هو بعده مضاربة لم يصح، ولو قال: ضارب به شهراً ثم هو قرض صح).

المراد: أنّ المضاربة لا تصح في الأول، بل لابدّ من تجديد عقد بعد الشهر وقبضه من يد المقترض، لأن القراض على عوض هذا القرض وقت حصوله، فلا تصح هذه الصيغة، إذْ ليس بحق الآن، وإنّما هو آئل الى أن يصير حقاً وديناً. بخلاف مالو قال: ضارب به شهراً ثم هو قرض، والمراد أنْ يقول: خذه مضاربة شهراً كما لايخفى، فإن المضاربة تصح هنا، لصدور العقد من أهله في محله مستوفياً لشروطه، لأنّه المفروض.

هذا حال المضاربة، وأمّا حال القرض، فالظاهر صحته في الصورتين:

أمّا في الأولى، فلأنّه لامانع منه إلّا مايُتخيل من ضميمة المضاربة الفاسدة

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٣٢.

ولو قال: خذ المال الذي على فلان وأعمل به مضاربة لم يصح ما لم يجدّد العقد، وكذا لو قال: بع هذه السلعة فإذا نضّ ثمنها فهو قراض.

ولو كان وديعة أو غصباً عند فلان صح.

ولو كان قد تلف لم يصح،

اليه، ولا أثر لها في ذلك، لأنّها لم تقع على وجه الشرط، وإذا بطلت إحدى المعاملتين لم يجب أنْ تبطل الاخرى.

وأمّا في الثانية، فكما لو آجره مدة غير متصلة بزمان العقد، وفيه تردد. والمصنف لم يتعرض لحكم القرض في التذكرة، وإنّما ذكر حكم المضاربة في الصورتين.

قوله: (ولو قال: خذ المال الذي على فلان واعمل به مضاربةً، لم يصحّ مالم يجدّد العقد).

لفقد صحة القراض عند ايقاع العقد.

قوله: (ولو كان وديعة أو غصباً عند فلان صحّ).

أي: لو كان المال الذي قارض عليه عند فلان وديعة أو غصباً صحّ القراض إذا كان المال نقداً، لأنّ كونه في يد الغير لايمنع الصحة، وثبوت الضمان في الغصب لاينافي صحة القراض وإنْ كان في الأصل أمانة، خلافاً لبعض العامة[1]، لأنّ الضمان قد يجامع القراض، كما اذا تعدّى العامل في مال المضاربة. وكونه في الأصل أمانة لايمنع ثبوت الضمان بسبب آخر.

وهل يمنع صحة القراض كون المال المغصوب غير مقدور على تسليمه وقت العقد، بحيث إذا تجدّدت القدرة على التسليم يحتاج الى تجديد العقد؟

اطلاق المصنّف الصحة هنا وفي التذكرة[2] يقتضي العدم، وهو محتمل.

قوله: (ولو كان قد تلف لم يصحّ).

---

(١) المجموع ١٤ : ٣٦٣، المغني لابن قدامة ٥ : ١٩١.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢ : ٢٣١.

وكذا يصح لو كان في يده وديعة أو غصب لم يتلف عينه فضاربه المالك به، والأقرب زوال الضمان بالعقد، ويحتمل بقاؤه الى الأداء ثمناً عما يشتريه.

أي: لو كان المال الذي عند فلان وديعة أو غصباً قد تلف وقت العقد، لم يصحّ العقد وإنْ كان تلف الوديعة على وجه مضمونٍ لفقد الشرط.

ولـو تلف بعد العقد، فهل يبقى القراض، فيأخذ البدل حيث يجب على حكمه؟ يحتمل ذلك، فإنّ ذهاب العين بعد صحة العقد لايقتضي البطلان، لأنّ بناء عقد المضاربة على إذهاب العين. ولو غصب المال غاصب فاتلفه، فالحكم ماذكرناه.

قوله: (وكذا يصحّ لو كان في يده وديعة أو غصب لم تتلف عينه فضاربه المالك به، والأقرب زوال الضمان بالعقد، ويحتمل بقاؤه الى الأداء ثمناً عمّا يشتريه).

أي: لو ضارب الغاصب بالمال الذي في يده، فلا كلام في الصحة.

وهل يزول الضمان؟ الأقرب عند المصنف ذلك، لزوال العدوان بالإذن في إثبات اليد عليه، وهو يقتضي زوال الضمان.

وفيه نظر، لأنّ علّة الثبوت لايجب أن يكون انتفاؤها علّةً لزوال الحكم، فإنّ علل الشرع معرّفات.

ولأنّ مال القـراض أمـانة، فيجب زوال الضمان، لأمتناع ثبوته مع وجود المتقضي لكونه أمانة.

وفيه نظر، لأنّ كونـه أمـانة إنّما هو بمقتضى القراض من حيث هو هو، ولايمتنع ثبوت الضمان بسبب آخر، لأصالة عدم المنافاة، ولأنّ الضمان قد يجامعه، وذلك اذا تعدّى العامل.

لايقال: العامل وكيل للمالك في التصرّف، فيده يده، والمال المضمون يسقط ضمانه بوصوله الى يد المالك.

ولو دفع اليه كيسين فقال: قارضتك على أحدهما والآخر وديعة ولم يعيّن، أو قارضتك على أيهما شئت لم يصح.

الثالث: أن يكون معلوماً، فلا يصح على المجهول قدره،

لأنّا نقول: في القراض معنى الوكالة وليس وكالة، ويد العامل غير متمحّضة للمالك، وإنّما هي يد مصلحتها عائدة الى نفسه، وهي الغرض الأصلي[1] له، وإنْ تضمنّت مصلحة للمالك.

والأقرب بقاء الضمان، للاستصحاب ـ حتى يحصل الناقل ـ، ولقوله عليه السلام: «على اليد ماأخذت حتى تؤدّي»[2]، حكم باستمرار الضمان الى زمان الأداء، اداء المال الى البائع ثمناً، لأنّ الضمان متعلق بالمدفوع وقد خرج عن الملك، والمبيع مال تجدد على حكم الأمانة، ولاخلاف في هذا.

قوله: (ولو دفع اليه كيسين، فقال: قارضتك على احدهما والآخر وديعة ولم يعيّن، أو قال: قارضتك على أيّهما شئت، لم يصحّ).

لانتفاء التعيين الذي هو شرط في القراض، ولافرق بين أنْ يكون كلّ من المالين اللذين في الكيسين مساوياً للآخر جنساً وقدراً أولا، خلافاً لبعض الشافعية، حيث حكم بالصحة مع التساوي[3].

أمّا المشاع فيصح القراض به، لأنّه معيّن، وكذا الغائب عنهما وقت العقد، وقد سبق مثله في المغصوب.

ولو أفرط البعد، فظاهر اطلاقهم عدم منافاته الصحة.

قوله: (الثالث: أنْ يكون معلوماً، فلا يصحّ على المجهول قدره).

لأنّ جهالته تقتضي جهالة الربح، ولأنّ المسامحة في الربح لامتناع العلم

---

(١) في «هـ»: الأعلى.

(٢) سنن البيهقي ٢ : ٩٥، المستدرك على الصحيحين ٢ : ٤٧، مستدرك الوسائل ٣ : ١٤٥.

(٣) الوجيز ١ : ٢٢١، المجموع ١٤ : ٣٥٨.

وفي المشاهدة إشكال، فإن جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه في قدره.

الـرابع: أن يكون مسلّـمـاً في يد العامل، فلو شرط المالك أن تكون يده عليه لم يصح.

بقدره قبل حصوله واغتفار هذا النوع من الغرر للضرورة لايقتضي المسامحة بكل جهالة، فالعقود إنّما تستفاد بتوقيت الشارع .ولافرق بين إمكان استعلامها بعد العقد وعدمه، لأنّ ذلك لايدفع الجهالة حال العقد، ولأنّه ربّما طرأ مايمنع العلم بقدرها.

قوله: (وفي المشاهدة اشكال، فإنْ جوّزناه فالقول قول العامل مع يمينه في قدره).

ينشأ الاشكال: من زوال معظم الغرر بالمشاهدة، ومن بقاء الجهالة معها. واكتفى الشيخ رحمه الله في المبسوط بالمشاهدة[1] ونفاه في الخلاف[2]، وهو الأصح، اقتصاراً على محلّ الدليل.

ولايخفى أنّ القول قول العامل مع يمينه لو اختلف هو وربّ المال في قدره، لأنّه منكسر، سواء قلنا بالجواز مع المشاهدة أم لا، فقول المصنف: (فان جوّزناه الى آخره) لايخلو من شيء.

قوله: (الرابع[3]: أن يكون مسلّمًا في يد العامل، فلو شرط المالك أن تكون يده عليه لم يصحّ).

لأنّ ذلك خلاف وضع المضاربة، ويظهر من عبارة المصنف في التذكرة جواز جعل مال القراض في يد المالك، فإنّه قال: الأقرب عندي أنّه لايشترط في القراض إنْ يكون مسلّمًا إلى العامل، بحيث تستقل يده عليه وينفرد بالتصرف فيه عن المالك

---

(١) المبسوط ٣ : ١٩٤.

(٢) الخلاف ٢ : ١١٦ مسألة ١٧ كتاب القراض .

(٣) أي: الشرط الرابع من الركن الثالث.

أما لو شرط أن يكون مشاركاً في اليد، أو يراجعه في التصرف، أو يراجع مشرفه فالأقرب الجواز.

وغيره، فلو شرط المالك أنْ يكون الكيس في يده يوفي الثمن منه إذا اشترى العامل شيئاً جاز[1]. وهذا مخالف لما هنا، لأنّه منع الأستقلال باليد وجوز المشاركة، وماذكره في التذكرة يقتضي جواز استقلال المالك باليد من دون العامل إذا عرفت ذلك فاعلم: أنّ الاحتجاج على عدم جواز استقلال المالك باليد: بأنّه خلاف وضع المضاربة، موضع تأمّل.

لأنّه إنْ أُريد بوضع المضاربة مقتضى العقد، فلا نسلّم أنّ العقد يقتضي ذلك، لأنّه معاملة على المال بحصة من ربحه، وهذا يتحقق مع كون المال في يد المالك، والعامل يتردّد في الشراء والبيع وتوابعهما.

وإنْ أُريد بالوضع أنّ الغالب في العادات ذلك، لم يقدح ذلك في جواز المخالفة، لأنّ جريان العادة بذلك لكون الغالب أمانة العامل، فاذا اتفق كونه خائناً، لم يمنع المالك من التوثق لماله.

ومع هذا فأول عبارة التذكرة يلوح من مفهومه أنّ العامل لابد له من يد في الجملة، ولاريب أنّ مراعاة كونه ذا يَدٍ على المال، أولى وأبعد من الريب.

قوله: (أمّا لو شرط أنْ يكون مشاركاً في اليد، أو يراجعه في التصرف، أو يراجع مشرفه، فالأقرب الجواز).

وجه القرب: أنّ هذه شروط سائغة لاتخالف الكتاب والسنّة، فإن توثّق الانسان على ماله بحفظه في يده أو يد من يثق به أمرٌ مطلوب، وقد تدعو الضرورة الى الاستعانة بالخائن في المعاملات لحذقه، ولو لم يشرع هذا الشرط لزم تضرر المالك: إمّا بتسليم ماله الى من لايوثق به، وإمّا بترك التجارة، وكلاهما ضرر.

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٣٢.

ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك جاز.

الرابع: العمل، وهو عوض الربح، وشروطه: أن يكون تجارة، فلا يصح على الطبخ والخبز والحرف.

ويحتمل العدم، لأنّه ربّما لم يجده عند الحاجة، أو لم يساعده على رأيه، فيفوّت عليه التصرف الرابح، والقراض موضوع تمهيداً أو توسيعاً لطريق التجارة، ولذلك احتمل فيه ضروب من الجهالة، فيصان عمّا يخل بمقصوده، وينتقض ذلك بما اذا عيّن المالك له نوعاً من التصرف، فإنّه يجوز مع وجود المحذور فيه.

قوله: (ولو شرط أنْ يعمل معه غلام المالك جاز).

لعموم: (المؤمنون عند شروطهم)[1] والمراد بالغلام هنا المملوك، سواء شرط له حصةً من الربح أم لا، لأنّ المشروط حينئذ للمالك. أمّا الغلام الحر فإنّه عامل، فيشترط فيه مايشترط في العامل .ولو شرط أنْ يعمل معه المالك، ففي صحته نظر.

قوله: (الرابع : العمل، وهو: عوض الربح، وشرطه أنْ يكون تجارة، فلا يصح على الطبخ والخبز والحِرَف).

أي: شرط صحة عقد القراض أنّ يكون العمل المشروط على العامل الذي يقع عليه الحصة من الربح من جملة التجارة وتوابعها.

فلو قارضه على أن يشتري الحنطة ويطحنها ويخبزها، والطعام ليطبخه، والغزل لينسجه، والثوب ليقصره أو يصبغه، ونحو ذلك من الحِرَف والصنائع التي ليست تجارة ولاهي من توابعها، لم يصحّ، لأنّ وضع القراض على الاسترباح بالتجارة لا بالصنعة والحِرَفة.

ولو فعل العامل هذه الاعمال من غير شرط صحّ.ولايخرج الدقيق ولا الخبز ولا المطبوخ ولا الثوب المنسوج أوْ المقصور أوْ المصبوغ عن كونه رأس مال القراض،

---

(١) التهذيب ٧ : ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣ : ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

أما النقل والكيل والوزن ولواحق التجارة فإنها تبع للتجارة، والتجارة: هي الاسترباح بالبيع والشراء لا بالحرف والصنائع.

وإذا أذن في التصرف وأطلق اقتضى الإطلاق ما يتولاه المالك من عرض القماش، ونشره وطيه، وإحرازه، وبيعه، وقبض ثمنه، وايداعه الصندوق، واستئجار ما يعتاد الاستئجار له كالدلال والوزّان والحمّال.

ولو استأجر لما تجب عليه مباشرته فالأُجرة عليه خاصة.

ولو عمل بنفسه ما يستأجر له عادة لم يستحق أُجرة.

والقراض بحاله، كما لو سمن عبد القراض أو تعلّم صنعة.

قوله: (أمّا النقل والكيل والوزن ولواحق التجارة، فإنّها تبع للتجارة، والتجارة هي: الاسترباح بالبيع والشراء، لا بالحِرَف والصنائع).

فلو عقد القراض على ذلك وقع الموقع.

قوله: (وإذا أذن في التصرّف وأطلق، اقتضى الإطلاق مايتولاه المالك: من عرض القماش، ونشره، وطيّه، واحرازه، وبيعه، وقبض ثمنه وايداعه الصندوق، واستئجار مايعتاد الاستئجار له كالدلّال والوزّان والحمّال. ولو استأجر لما يجب عليه مباشرته فالأُجرة عليه خاصة. ولو عمل بنفسه مايستأجر له عادة لم يستحق أُجرة).

لمّا كان القراض معاملة على المال للاسترباح به بالتجارة، كان إطلاق العقد مقتضياً لفعل مايتولّاه المالك في التجارة: من عرض القماش على المشترين والراغبين، ونشره، وطيّه، واحرازه، وبيعه وقبض ثمنه، وايداعه الصندوق، ووزن مايخفّ كالذهب والمسك والعود ونحو ذلك.

وهذا النوع لو استأجر عليه كانت الأُجرة عليه خاصةً، لأنّ ذلك عليه، فعليه تحصيله بأيّ وجه كان.

ولو شرط عليه ما تتضيق التجارة بسببه لزم، فان تعدّى ضمن، كما لو شرط أن لا يشتري إلّا ثوباً معيّناً، أو ثمرة بستان معيّن، أو لا يشتري إلّا من زيد، أو لا يبيع إلّا عليه، وسواء كان وجود ما عيّنه عاماً أو نادراً.

أمّا ماجرت العادة بالاستئجار عليه ـ كوزن الامتعة الثقيلة وحملها، ونقل المتاع الثقيل الى الحانوت والنداء عليه ـ فإنّ له أنْ يستأجر عليه، حملاً للأطلاق على المعتاد.

ولو عمل هذا النوع بنفسه لم يستحق أُجرةً، لأنّه متبرع في ذلك ولو عمل على قصد الأُجرة ففي الاستحقاق نظر.

وينبغي إنْ قلنا: إنّ الوكيل في البيع يجوز أنْ يبيع لنفسه، والوكيل في الشراء يشتري من نفسه، أنْ نقول بجواز استئجاره نفسه لذلك العمل هنا، ولو أذن له المالك في ذلك فلا بحث.

إذا عرفت ذلك، فأعلم إنّ قول المصنف: (وإذا أذن في التصرّف واطلق) يتبادر منه أنّه لابد من إذن المالك للعامل في التصرّف.

وليس كذلك، بل الإذن الذي تضمنه عقد القراض، كافٍ، وكأنّه أراد به ذلك، وإن كان ظاهر العبارة قد يوهم خلافه ولو قال: ولو كان الإذن الذي تضمّنه العقد مطلقا الى آخره، لانتفى هذا الإيهام.

وكذا قوله: (واستئجار مايعتاد الاستئجار له) فيه تسامح، وكان الأولى أنْ يقول: والاستئجار لما يعتاد الاستئجار له.

قولـه: (ولو شرط عليه ماتتضيّق التجارة بسببه لزم، فإنْ تعدى ضمن، كما لو شرط أن لايشتري إلّا ثوباً معيناً أو ثمرة بستانٍ معين، أو لايشتري إلّا من زيد أو لا يبيع إلّا عليه، وسواء كان وجود ماعيّنه عاماً أو نادراً).

ولو شرط الأجل لم يلزم، ولو قال: إن مضت سنة فلا تشتر بعدها وبع صح، وكذا العكس.

ولو قال: على أني لا أملك فيها منعك لم يصح.

ولو شرط أن يشتري أصلًا يشتركان في نمائه كالشجر والغنم فالأقرب الفساد؛ لأن مقتضى القراض التصرف في رأس المال.

لاخلاف في جواز هذه الشروط ولزومها عندنا، واطلاق الأخبار الصحيحة يقتضي ذلك، مثل صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام[1] وغيرها، وخالف في ذلك الشافعي[2] ومالك[3].

قوله: (ولو شرط الأجل لم يلزم).

قد سبقت هذه المسألة، وإنّما أعادها ليبني عليها.

قوله: (ولو قال: إنْ مضت سنة فلا تشترِ بعدها.وبع صحّ، وكذا العكس).

وجه الصحة: إنّه إذا كان له المنع من البيع والشراء بعد السّنةِ، فله المنع من أحدهما خاصة بطريق أولى.

قوله: (ولو قال: على أنّي لا أملك فيها منعك لم يصحّ).

لأنّ القراض من العقود الجائزة من الطرفين، لكلٍّ من المتعاقدين فسخه، فاذا شرط عدم التمكن من المنع، فقد شرط ماينافي مقتضى العقد، فكان فاسداً.

قوله: (ولو شرط أن يشتري أصلاً يشتركان في نمائه، كالشجر أو الغنم، فالأقرب الفساد، لأنّ مقتضى القراض التصرف في رأس المال).

---

(١) الكافي ٥ : ٢٤٠ حديث ٦، التهذيب ٧ : ١٩٠ حديث ٨٣٨.

(٢) المجموع ١٤ : ٣٧٩، الوجيز : ٢٢٢.

(٣) المدونة الكبرى ٥ : ١١٩.

الخامس: الربح، وشروطه أربعة:

الأول: أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين، فلو شرط جزء منه لأجنبي: فإن كان عاملاً صح، وإلّا بطل.

ولو شرط لغلامه حصة معهما صح، سواء عَمِل الغلام أو لا.

أي: لتحصيل الربح بالتصرف، وفوائد ماذكر تحصل من عين المال لا من تصرف العامل، ولأنّ مقتضى القراض الاسترباح بالتجارة، وليس موضع النزاع كذلك، فلا يصحّ القراض عليه، وهو الأصح.

ويحتمل ضعيفاً الصحة، لأنّ ذلك حصل بسعي العامل، وهو شراؤه الشجر والغنم، وذلك من جملة الاسترباح بالتجارة.

وضعفه ظاهر، لأنّ الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد، لا نماؤه الحاصل مع بقاء عين المال. فعلى الفساد يصح الشراء بالإذن ويكون النماء باجمعه للمالك، لأنّه نماء ملكه، وعليه أُجرة المثل للعامل.

قوله: (الخامس: الربح، وشروطه اربعة:

الأول: ان يكون مخصوصاً بالمتعاقدين، فلو شرط جزءاً منه لأجنبيٍّ، فان كان عاملاً صحّ، وإلّا بطل).

المراد بالأجنبي: من عدا المتعاقدين، وإنّما لم يصحّ إذا لم يكن عاملاً، لأنّه خلاف وضع القراض، لأنّ وضعه على أنّ الربح للمالك بماله وللعامل بعمله.

والمراد بكونه عاملاً: اشتراط شيءٍ من العمل عليه في مقابل الربح المشروط له، ولابدّ من تعيين العمل المشترط عليه، وكونه من أعمال التجارة.

قوله: (ولو شرط لغلامه حصة معهما صحّ سواء عمل الغلام أو لا).

المراد بالغلام هنا: العبد، فإنّ المشروط له مشروط لسيّده في الحقيقة، ومن ثمّ

الثاني: أن يكون مشتركاً، فلو قال: خذه قراضاً على ان الربح لك أو لي بطل. أما لو قال: خذه فاتجر به على أن الربح لك كان قرضاً، ولو قال: على أن الربح لي كان بضاعة.

لم يشترط أنْ يعمل، بخلاف الحرّ، فإنّه لكون المشروط يقع له، يشترط أنْ يكون عاملًا. ولا فرق في ذلك بين كون الحصة المشروطة لغلام المالك أو لغلام العامل، لما قدّمناه، وعبارة الكتاب تحتمل الأمرين.

قوله: (الثاني: أنْ يكون مشتركاً، فلو قال: خذه قراضاً على أنّ الربح لك أوْ لي، بطل).

لأنّ مقتضى القراض الاشتراك في الربح، فإذا شرط خلاف مقتضاه بطل العقد، فيكون قراضاً فاسداً تجري عليه أحكامه.

وفي وجهٍ للشافعية[1] أنّه يصحّ قرضاً في الصورة الأُولى وبضاعةً في الثانية، نظراً إلى المعنى:

فعلى الأول الربح كلّه للمالك، وعليه أُجرة المثل للعامل في الصورة الأُولى إجماعاً دون الثانية على الأصح كما تقدم، والمال أمانةٌ في يده.

وعلى الثاني يكون الربح للعامل والمال مضمون عليه في الصورة الأُولى خاصة.

وينبغي أنْ يكون هذا إذا لم يقصد القرض، فإنْ قصده فقبل العامل صحّ، لأنّ صحة القرض يكفي فيها اللفظ الدالّ على تمليك المال بعوض فيترتب عليه حكمه. ولو حكمنا بالفساد، لكان المال مضموناً ولم يملك الربح.

قوله: (أمّا لو قال: خذه فاتّجر به على انّ الربح لك، كان قرضاً، ولو قال: على انّ الربح لي، كان بضاعة).

---

(١) المجموع ١٤: ٣٦٦.

الثالث: أن يكون معلوماً، فلو قال: على أن لك مثل ما شرطه فلان لعامله ولم يعلمه أحدهما بطل.

ولو قال: على أن الربح بيننا فهو تنصيف، وكذا: خُذه على

بخلاف ما سبق، والفرق: التصريح بكونه قراضاً في الأول دون ما هنا.

وينبغي أنْ يكون هذا الحكم إذا أطلق المال ولم يقصد شيئاً غير مقتضى اللفظ، فإنْ قصد القراض فكما سبق. ولو وقع النزاع بينه وبين العامل، احتمل ترجيح جانب العامل، عملاً بظاهر اللفظ.

قوله: (الثالث: أنْ يكون معلوماً، فلو قال: على ان لك مثل ما شرطه فلان لعامله ولم يعلمه أحدهما، بطل).

المراد: وجهله أحدهما، سواء أمكن استعلامه بعد ذلك أم لا، لفقد الشرط حال العقد.

فإنْ قيل: سيأتي إن شاء الله تعالى: أنّ جهلهما بالحساب في المسائل الآتية لا يضرّ، فما الفرق؟

قلنا: لعلّه تخيّل أنّ شرط فلان لا يوثق باستعلامه، لإمكان تعذّر الوصول إليهما بموتٍ أوْ غيبةٍ أوْ نسيانهما، بخلاف جهلهما بالحساب، للقطع بإمكان الإستعلام.

قوله: (ولو قال: على أنّ الربح بيننا، فهو تنصيف).

لأصالة عدم التفاضل، مع استواء نسبتهما إلى السبب المقتضي للإستحقاق، وقد سبق مثله غير مرة.

وللشافعية[1] وجهٌ بالبطلان،لأنّ البيّنيّة تصدق مع التفاوت.

وفيه نظر، لأنّ الكلام في حال الاطلاق، ولا يخفى أنّ الذي يقتضيه الدليل ذلك، كما لو أقرّ مقرٌّ بأنّ المال بين هذين.

قوله: (وكذا: خذه على النصف).

---

(١) المجموع ١٤:٣٦٥.

النصف، أو على أن لك النصف وإن سكت عن حصته.

أما لو قال: على أن لي النصف وسكت عن حصة العامل بطل على إشكال.

ولـو قال: على أن لك الثلث ولي النصف وسكت عن السدس صح، وكان للمالك.

أي: هو تنصيف فيصحّ. وفيه نظر، لأنّ الشرط يحتمل كونه للمالك، فيكون العامل مسكوتاً عن نصيبه، والأصح فيه البطلان على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وتخيُّل أنّ المحتاج إلى الاشتراط هو حق العامل، ـ فيحمل الإطلاق عليه ـ ضعيف، لأنّ الاحتياج إلى تعيينه لا يكفي في كون المذكور مختصاً به، إذ استدعاء المقام لا دلالة [له][1] على قصد المتعاقدين.

قوله: (أو على أنّ لك النصف وإنْ سكت عن حصته).

أي: عن حصة نفسه، إذ العاقد هو المالك، والربح كلّه حق له، فإذا شرط بعضه للعامل، بقي الباقي له بحكم الأصل كما سبق.

قوله: (أمّا لو قال: على أنّ لي النصف وسكت عن حصة العامل، بطل على إشكال).

ينشـأ: من فهم أنّ المسكـوت عنـه للعامل، نظراً إلى العرف، وتخصيص استحقاقه النصف بالذكر.

ومن ضعف دلالة المفهوم، ومنع استقرار العرف على ذلك، ولايكفي لثبوت الشرط أمثال هذه التوهمات، والأصحّ البطلان.

قوله: (ولو قال: على انّ لك الثلث ولي النصف وسكت عن السدس،

---

(١) ما بين المعقوفين لم يرد في نسختي «ك» «هـ» واثبتناه من الحجري لاقتضاء السياق له.

ولـو قال: خذه مضاربة على الربع أو الثلث صح، وكان تقدير النصيب للعامل.

ولو قال: لك ثلث الربح وثلث ما بقي صح، وكان له خمسة أتساع؛ لأنه معناه.

ولو قال: لك ثلث الربح وربع ما بقي فله النصف.

صحّ وكان للمالك).

لتعارض المفهومين، فيبقى أصل الاستحقاق بغير معارض .

قولـه: (ولو قال: خذه مضاربةً على الربع أوْ الثلث صحّ، وكان تقدير النصيب للعامل).

هذه هي المسألة التي سبقت آنفاً، لكن غاير الغرض هنا وزاد التعليل.

ومعناه: أنّ النصيب المقدّر منزّلٌ على أنّه للعامل، لأنّه المحتاج إلى تقدير نصيبه دون المالك، لاستحقاقه بالأصل، وقد سبق مايغني عن الإعادة. والمتّجه في الموضعين البطلان.

قوله: (ولو قال: لك ثلث الربح وثلث مابقي، صحّ وكان له خمسة أتساع، لأنّه معناه).

وجهـه: أنـه لابدّ من عددٍ له ثلث، ولما يبقى منه بعد الثلث ثلث، وذلك مضروب ثلاثة في ثلاثة، فثلثه ثلاثة وثلث الباقي اثنان، وذلك خمسة أتساع المجموع.

قوله: (ولو قال: لك ثلث الربح وربع مابقي، فله النصف).

وذلك لأنّه لابدّ من عددٍ له ثلث، ولما يبقى منه ربع وهو ستة ـ لأنّ الباقي بعد الثلث اثنان ـ انكسر في مخرج الربع، وبينهما موافقة بالنصف، فيضرب الوفق من الأربعة في الأصل يبلغ ذلك.

ولو قال: لك الربع وربع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن، سواء عرفا الحساب أو جهلاه؛ لأنه أجزاء معلومة.

الرابع: أن يكون مقدّراً بالجزئية لا بالتقدير كالنصف أو الثلث، فلو قال: على أنّ لك من الربح مائة والباقي لي، أو بالعكس،

قوله: (ولو قال: لك الربع وربع مابقي، فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن).

وذلك لأنّ مايبقى بعد الربع ـ وهو ثلاثة ـ انكسر في مخرج الربع ولاوفق، فتضرب أربعة في أربعة.

قوله: (سواء عرفا الحساب أو جهلاه، لأنّه أجزاء معلومة).

أي: العلم بها أمر محقق الوجود، واستشكل شيخنا الشهيد صحة ذلك بانتفاء القصد لانتفاء العلم، واختلاف الأغراض باختلاف حاصل الحساب، ولأنّه بمنزلة من لُقّن لغة لايعلمها.

وقد سبق في كتاب البيع فتوى المصنف ببطلان مالو باعه بأربعة إلاّ مايخص واحداً إذا لم يعلماه بالجبر والمقابلة، أوْ غير ذلك من الطرق، مع أنّ العلم به بالقوة محقّقٌ.

وتوهم كون ذلك مفروضاً فيما إذا تعذّر الحاسب ونحوه ليس بشيءٍ، لأنّه أكثري الوجود، مع أنّ مايقال هناك يأتي بعينه هنا، إلاّ أن يفرّق بأنّ هذا العقد لكونه جائزاً يحتمل فيه مالايحتمل في غيره، وفيه مافيه.

قوله: (الرابع: أنْ يكون مقدّراً بالجزئية).

المراد: الجزئية المعلومة كما تقدّم في المساقاة.

قوله: (كالنصف أو الثلث، فلو قال: على أنّ لك من الربح مائة والباقي لي، أو بالعكس).

أو على أنّ لك ربح هذه الألف ولي ربح الأُخرى، أو لك نصف الربح إلّا عشرة دراهم، أو وعشرة، أو على أنّ لي ربح أحد الثوبين، أو إحدى السفرتين، أو ربح تجارة شهر كذا بطل، وكذا لو قال: على أنّ لك مائة والباقي بيننا.

ويصح لو قال: على أنّ لك ربح نصفه، أو نصف ربحه.

إنّما لم يصحّ هنا، لأنّه ربّما لم يربح إلّا ذلك القدر، فيلزم أن يختصّ به أحدهما، وهو خلاف مقتضى العقد.

قوله: (أو على أن لك ربح هذه الألف ولي ربح الأُخرى).

لأنّ ذلك خلاف وضع القراض، لأنّ كلاًّ منهما مال قراض ولا اشتراك في ربحه، ولأنّه ربّما اختصت إحدى الألفين بالربح فيختص أحدهما به، وهذا الحكم على مافرضه المصنّف واضح لاإشكال فيه.

أمّا إذا قال: لك ربح ألف ولي ربح ألف، فإنْ كانا[1] ممتزجين أوْ قصدا[2] المزج فإنّه يصحّ، لأنّ ذلك معناه: تنصيف الربح. وإنْ شرطا تميّزهما، فالبطلان كما سبق، وكذا لو أراداه بعقد الشرط.

قوله: (أو لك نصف الرّبح إلّا عشرة دراهم، أو وعشرة، أو على انّ لي ربح أحد الثوبين، أو إحدى السفرتين، أو ربح تجارة شهر كذا، بطل).

وجه البطلان: عدم الوثوق بحصول ذلك القدر المعيّن ـ سواء كان مستثنى أو مضموما ـ ولمخالفة الشروط الباقية مقتضى القراض.

قوله: (وكذا لو قال: على انّ لك مائة والباقي بيننا).

أي: وكذا لايصحّ ذلك، لعدم الوثوق بحصول المعين.

قوله: (ويصحّ لو قال: على انّ لك ربح نصفه أو نصف ربحه).

---

(١) في «ك» و «هـ»: كان. وما أثبتناه من مفتاح الكرامة ٧: ٤٥٥ نقلاً عن جامع المقاصد وهو الصحيح.

(٢) في «ك» و «هـ»: قصد. وما أثبتناه من مفتاح الكرامة ٧: ٤٥٥ نقلاً عن جامع المقاصد وهو الصحيح.

الفصل الثاني: في الأحكام، ومطالبه أربعة:

الأول: العامل كالوكيل في تنفيذ تصرفه بالغبطة، فليس له التصرف بالغبن، ولا بالنسيئة بيعاً ولا شراء، إلّا مع عموم الاذن كافعل ماشئت، أو خصوصه،

في بعض الحواشي المنسوبة إلى شيخنا الشهيد: انّ بعض العامة فرّق بين الصورتين، فأبطل ماإذا شرط له ربح النصف، لامكان أن لايربح إلّا نصف المال، فيختص به العامل، وربما ربح أكثر من النصف، فلا تكون الحصة معلومة.

وردّه: بأن الإشارة ليست إلى نصف معين، بل إلى مبهم، فإذا ربح أحد النصفين، فذلك الذي ربح هو المال، والذي لم يربح لا اعتداد به.

وهذا حق إن لم يرد بربح نصفه ربح مجموع النصف أيّ نصفٍ كان، أما إذا أُريد هذا، فحقّه أن يبطل، للمحذور السابق.

قوله: (الفصل الثاني: في الأحكام، ومطالبه اربعة:

الأول: العامل كالوكيل في تنفيذ تصرفه بالغبطة، فليس له التصرف بالغبن ولا بالنسيئة بيعاً ولاشراء، إلا مع عموم الإذن ـ كافعل ماشئت ـ أو مع خصوصه).

لمّا كان الغرض الأقصى من القراض تحصيل الربح والفائدة، وجب أن يكون تصرّف العامل مقصوراً على مايحصل هذه الفائدة، فيمنع من التصرف المؤدي الى مايضاد هذا الغرض، ويجب مع ذلك رعاية الغبطة للمالك، لأنّ العامل كالوكيل، فليس له التصرف بالغبن بما لايتغابن به الناس غالباً بيعاً ولاشراء، لمنافاة ذلك لمقصود القراض الأقصى، وهو تحصيل الربح غالباً.

ولو ندر اشتمال التصرف بالغبن على الغبطة ـ كما يعتاده التجار في

. . . .

المعاوضات: فانهم إذا اشتروا مال تاجر بزيادة ربما كان وسيلة الى رغبته في شراء مالهم بزيادة، حيث يجعل ثمن أحد العوضين ثمناً للعوض الآخر ـ فهل يجوز؟

ظاهر إطلاق العبارة عدم الجواز، وكأنّه لندور هذا الغرض.

وكذا ليس له أن يبيع نسيئة، وإن كان فيه ربح بل هو مظنة الربح لم يجز، لما فيه من التغرير بمال المالك. ولو احتاط بأخذ رهن أو شراء شيء من مال المشتري بثمن لاينقص عن ثمن المبيع مؤجل إلى أجله، ففي الجواز احتمال.

وكذا ليس له أن يشتري نسيئة، لأنه ربما يتلف رأس المال بغير تفريط، فيبقى الثمن في ذمة المالك، وذلك ضرر. ولأن عقد القراض يقتضي الشراء بالعين، والنسيئة تنافي ذلك، فلايكون مأذوناً فيها.

فإن قيل: المصنف جعل الشراء بالنسيئة مما لاغبطة فيه، مع أن الواقع بخلافه.

قلنا: قد بينا أنه لاغبطة فيه، لاحتمال تلف المال وبقاء الثمن في الذمة.

فإن قيل: فكيف كان الشراء نسيئة في الوكيل غبطة؟

قلنا: لأنه ليس من لوازم الوكالة في الشراء تسليم المال.

وهذا الحكم إنما هو مع إطلاق الإذن الذي تضمنه عقد القراض، أما لو عمم له الإذن، كما لو قال له: اعمل برأيك أو بما رأيت أو كيف شئت، فان له أن يفعل ذلك وكل مايتناوله العموم، وقد عرفت سابقاً وجه الفرق بين العموم والأطلاق. ولو خصّ الإذن بشيء تولاه وإن كان خلاف المصلحة.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنّ قول المصنف: (العامل كالوكيل في تنفيذ تصرفه بالغبطة) لايراد منه المساواة بينهما في ذلك مطلقاً، بل تصرف العامل دائر مع الربح، فيشتري المعيب مع حصول الغرض به، ويبيع بالغرض كذلك، وبغير نقد البلد مع الغبطة على أقرب الوجهين، اذ لايقصر عن الغرض، وهو الذي مال إليه المصنف في

فإن فعـل لامعه وقف على الاجازة، والأقرب أنه يضمن القيمه؛ لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها، ولا يتحفظ بتركه سواها، وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلايضمنها.

التذكرة، حيث قال في سياق ذلك: وليس بعيداً من الصواب اعتبار المصلحة[1]. وهذا كله بخلاف حكم الوكيل.

واعلم أن قوله: (بيعاً ولاشراءً) ـ تمييز للتصرف بالغبن وبالنسيئة ـ أراد به التعميم.

قولـه: (فإن فعل لامعه وقف على الإجازة، والأقرب أنّه يضمن القيمة، لأنّه لم يفت بالبيع أكثر منها ولايتحفظ بتركه سواها، وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها).

أي: فإن فعل العامل شيئاً ممّا ذكر من التصرف بالغبن أو بالنسيئة لامع الأذن، فهو تصرف غير مأذون فيه، فيقف على الإجازة. فلو حصل التلف، فالأقرب عند المصنف أنّه يضمن قيمة المتاع الذي باعه.

ووجه القرب ماذكره، وهو: أنه لم يفت بالبيع أكثر منها، ولو تركه لم يتحفظ بتركه سواها، وزيادة الثمن التي حصلت بالبيع المذكور حيث يكون زائداً على القيمة غير مستحقة، لأنها حصلت بتفريطه بالبيع فلاتكون مضمونة. ويحتمل ضمان الثمن كله، لوقوع البيع به.

واعلم أن هذه المسألة لم يذكر المصنف موضوعها هل هو تلف العين او تلف الثمن؟ بعد الإجازة او قبلها؟ ولايخفى أنّه بعد التأمل الصادق لايستقيم ماذكره على كل واحد من التقديرات:

أمّا إذا قدّرنا تلف العين، فلأنّ التلف إمّا أن يكون قبل قبض المشتري أو

---

(١) التذكرة ٢: ٢٣٧.

. . . .

بعده:

والأول غير مراد، لأنّـه لاضـمان فيه مع عدم التفـريط، لأنّ مجرد العقد الفضولي لايقتضي الضمان.

والثاني إمّا أن يكون التلف فيه مع الإجازة أو بدونها:

فمع الإجازة يصح البيع ويدخل الثمن في ملك المالك، وتخرج العين عن ملكه، فيكون تلفها من المشتري، فكيف يضمن العامل قيمتها ولا حقّ للمالك فيها؟

ولا فرق بين وقوع الإجازة قبل التلف أو بعده إنْ قلنا أنّ الإجازة كاشفة، بخلاف ما إذا قلنا أنّها جزء السبب، فان البيع يبطل حينئذ، فيكون الحكم كما في عدم الاجازة.

ولا مع الاجـازة يبـطل البيع وينحصر حق المالك في العين، فكيف يجيء احتمال ضمان الزيادة التي اشتمل عليها الثمن؟

وإن قدّرنا تلف الثمن مع الاجازة، فلا بحث في أنه المضمون، وبدونها لا بحث في ضمان قيمة العين، فلا يتجه ما ذكره بحال.

والذي ذكره المصنف في التذكرة وأرشد اليه: تعليله: ان موضوع المسألة ما اذا تلفت العين أو تعذر ردّها وتعذر حصول الثمن وأجاز المالك البيع بناءً على عدم بطلانـه. واختـار أنه يضمن الثمن، معلّلا بأنه ثبت بالبيع الصحيح وملكه صاحب السلعة وقد فات بتفريط البائع[1].

وهذه القيود التي ذكرناها وإن لم يصرح بجميعها في كلامه، الا أن تعليله دال عليها، لأنّ قوله: وملكه صاحب السلعة، يدلّ على الاجازة، لامتناع حصول الملك مع عدمها. وقوله: وقد فات بتفريطه، يدلّ على تعذّر حصوله. وأمّا تلف العين أو تعذّر

---

(١) التذكرة ٢: ٢٣٧.

وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل، ولايشتري بأكثر منه مما لايتغابن الناس به،

حصولها فذكره في أول كلامه.

وقال أيضاً: ولو نقص الثمن عن القيمة لم يلزم أكثر منه، لأنّ الوجوب انتقل اليه، بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئا[1]. وهذا صحيح، وهو شاهد على ما ذكرناه ايضا.

وما افتى به في التذكرة وإن كان صحيحاً، الا أن مقابل الأقرب في كلامه غير محتمل أصلاً. وأمّا ما ذكره هنا، فقد علمت أنه لايتجه على حال، والمقدمات التي ذكرها في استدلاله مدخولة.

أمّا قوله: (لأنّه لم يفت بالبيع أكثر منها) فلا ملازمة بينه وبين المدعّى، لأن المطلوب ضمانه هو: ما حصل بالبيع الصحيح على تقدير الاجازة، فإنّه قد صار حقّاً وملكاً للمالك، فلا يضمن سواه. وقريب منه قوله: (ولا يتحفظ بتركه سواها) فإنه لا أثر لفرض ترك البيع بعد صدوره والحكم بصحته.

وقوله (وزيادة الثمن حصلت بتفريطه) أبعد من الجميع، فإنّه بعد دخولها في الملك لا إلتفات الى السبب الذي اقتضى تملكها من تفريط وغيره، وقد سبق في الغصب ما يوافق ذلك، والتحقيق ما ذكرناه.

قوله: (وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل ولا يشتري بأكثر منه، مما لا يتغابن الناس به).

أي: في العادة، والجار في قوله (ممّا لا يتغابن الناس به يتعلق بمحذوف، على أنّه صفة لما دل عليه قوله: (بدون ثمن المثل) و (أكثر منه) وهو قلّة وكثرة، أي: قلّة وكثرة ممّا لا يتغابن الناس به عادة. وقد سبق هذا الحكم في أول كلامه، وأنه لايجوز

---

(١) التذكرة ٢:٢٣٧.

فإن خالف احتمل بطلان البيع وضمان النقص ، وعلى البطلان لو تعذّر الرد ضمن النقص .

ذلك مع اطلاق الاذن، وكأنّه إنما أعاده ليبني عليه.

قوله: (فإن خالف احتمل بطلان البيع وضمان النقص).

أي: لو خالف فباع بدون ثمن المثل، وسيأتي إن شاء الله تعالى مخالفته بالشراء بأزيد من ثمن المثل بعد ذلك.

ووجه البطلان فيه: أنّه تصرف غير مأذون فيه، فيقع باطلاً مع عدم الاجازة ـ كما قيد به في التذكرة[1]، وإن أطلق العبارة هنا ـ أما معها فلا، لأنه لاينقص عن تصرف الأجنبي.

ووجه ضمان النقص: أن العامل مأذون في التصرف مطلقاً، لأن الفرض إطلاق الإذن، والمنع في صورة النزاع إنّما كان لضرر النقص، وذلك مندفع بضمان النقص، فيصح العقد بالإذن السابق، ويكون إيقاعه التزاماً للنقص.

وهذا ضعيف جداً، فان إطلاق الإذن لايتناول هذا الفرد،ولضعف هذا الاحتمال نزّل الشارح السيد عميد الدين العبارة على أن البطلان وضمان النقص حكمان لشيئين، وليسا احتمالين لشيء واحد، فالبطلان مع عدم الإجازة يجب معه استرداد العين، وضمان النقص على تقدير التعذر.

وليس بشيء، لأنّ ضمان النقص وقع مقابلاً للبطلان في العبارة، فوجب أن ينتفي البطلان معه.

وأيضاً فإن استرداد السلعة لم يجر له ذكر في العبارة، ومع ذلك فيكون قوله بعد: (وعلى البطلان لو تعذر الرد ...) مستدركاً.

---

(١) التذكرة ٢:٢٣٦.

ولو أمكن الرد وجب ردّه إن كان باقياً، ورد قيمته إن كان تالفاً. وللمالك إلزام من شاء، فإن رجع على المشتري بالقيمة رجع المشتري على العامل بالثمن،

والحق أنّهما احتمالان في المسألة، كما فهمه الشارح الفاضل ولد المصنف[1]، وبه صرح في التذكرة ، ونَسب القول بالصحة وضمان النقص على ما قررناه سابقاً إلى بعض علمائنا، وحكاه عن إحدى روايتي أحمد[2]، والمذهب هو الاول[3].

قوله: (ولو أمكن الردّ وجب ردّه إن كان باقياً، وردّ قيمته إن كان تالفاً).

لايخفى أنـه لافرق بين التلف وتعذر الردّ في ضمان القيمة، فان كان ضمان النقص مع الثمن محصلاً لذلك، كفى في الصورتين، وإلاّ تعين ضمان القيمة فيهما. ففي العبارة مناقشة مع طول بغير فائدة، وكان حقه أن يقول: وعلى البطلان يجب الرد فان تعذّر بتلف ونحوه فالقيمة، فإن كان الثمن من جنسها ضمن معه النقص. ولايخفى أن ضمان القيمة إنّما هو في القيميّ.

قوله: (وللمالك إلزام من شاء).

أي: من العامل والمشتري، سواء كان المشتري عالماً أو جاهلاً،وسواء كانت العين باقية فيلزمه بها أو تالفة فيلزمه بالقيمة، لأنّ كل واحد منهما عادٍ ضامن.

قوله: (فان رجع على المشتري بالقيمة، رجع المشتري على العامل بالثمن).

إن كان باقياً أو كان المشتري جاهلاً كما سبق في البيع، وكذا يرجع عليه

---

(١) ايضاح الفوائد ٢:٣١٢.

(٢) المغني لابن قدامه ٥:١٥٣.

(٣) التذكرة ٢:٢٣٦.

وإن رجع على العامل رجع العامل بالزائد من قيمته على المشتري.

ولو ظهر ربح فللمالك المطالبة بحصته دون العامل.

ولو اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع،

بزيادة القيمة عن الثمن مع جهله على أصح الوجهين، لا مع علمه.

قوله: (وإن رجع على العامل، رجع العامل بالزائد من قيمته على المشتري).

إن كان المشتري عالماً بالحال، لاستقرار التلف في يده، لا إن كان جاهلاً، لأنّه مغرور ولم يدخل إلاّ على بذل الثمن في مقابل العين، فلا يتلف عليه سواه.

وجزم المصنف هنا ينافي استشكاله في رجوع المشتري على الغاصب بالزيادة لو اغترمها مع جهله.

قوله: (ولو ظهر ربح، فللمالك المطالبة بحصته دون العامل).

أي: لو ظهر ربح في العين المذكورة، وهي: التي باعها بدون ثمن المثل، ولم يجز المالك[1]، فالذي يستحق المطالبة به هو ثمنها الأول، وحصة المالك من الربح الزائد على أصل الثمن دون العامل، لأنّه بذل حقه مجاناً.

قوله: (ولواشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع).

أي: يقف على الإجازة، فإن لم يُجز بطل. ويحتمل الصحة وضمان التفاوت كما دلّ عليه كلامه سابقاً.

فان قيل: ما مرّ في كلامه إنما يضمن حكم البيع.

قلنا: قوله (فإن خالف) يشملها، وقوله: (احتمل بطلان البيع) شامل للمطلوب، لأنّ بطلان البيع يقتضي بطلان الشراء، لأنّ البيع والشراء يتضمنها عقد

---

(١) في نسختي «ك» و «هـ»: ولم يجز المالك ربح.

وإن اشترى في الذمة لزم العامل إن أطلق الشراء ولم يُجز المالك، وإن ذكر المالك بطل مع عدم الإجازة.

وليس له أن يبيع إلّا نقداً بنقد البلد.

والأقرب أنّ له أن يبيع بالعرض مع الغبطة،

واحد.

قوله: (وإن اشترى في الذمة، لزم العامل ان أطلق الشراء ولم يجز المالك).

المراد بإطلاق الشراء: عدم ذكر المالك، لأن البيع ظاهراً يقع له. ويفهم منه أنه لو أجاز صح، وهو كذلك، لأن العقود بالقصود.

قوله: (وإن ذكر المالك، بطل مع عدم الاجازة).

لأن الفضولي يبطل مع عدم الإجازة.

قوله: (وليس له أن يبيع إلا نقداً بنقد البلد).

حملاً للاطلاق على الغالب المتعارف. ومقتضى العبارة: أنه لايجوز البيع بالعرض ولا بغير نقد البلد، لكن قد رجع عن هذا في قوله: (والأقرب ان له أن يبيع بالعرض مع الغبطة).

ووجه القرب: أن الغرض من القراض الاسترباح، وهو يحصل بالبيع بالعرض كما يحصل بالبيع بالنقد، فلا يتقيد بأحد الأمرين.

وقول الشيخ بعدم الجواز إلّا نقداً بنقد البلد كالوكيل[1] ضعيف، لما بيناه سابقاً، فإنّ غرض القراض غير غرض الوكالة.

واقتصر المصنف على تجويز البيع بالعرض، وسكت عن البيع بغير نقد البلد، ولايكاد يكون بينهما فرق، وفي التذكرة مال إلى تجويزه مع الغبطة[2]، كما حكيناه عنه

---

(١) المبسوط ٣: ١٧٤.

(٢) التذكرة ٢: ٢٣٦.

وليس له الزراعة، ولايشتري إلّا بعين المال، فإن اشترى في الذمة من دون اذن وقع له إن لم يذكر المالك، وإلّا بطل.

سابقاً أيضاً، وهو المختار.

قوله: (وليس له الزراعة).

أي: وليس للعامل الزراعة ـ وفي بعض النسخ المزارعة ـ وذلك لأن المضاربة لايفهم من إطلاقها المزارعة، لأن وضعها على الاسترباح بالتجارة، وليس منه المزارعة.

فان فعل ضمن المال والزرع لصاحب البذر، فان كان هو المالك فلا أُجرة للعامل ـ سواء كان من مال القراض أو من غيره ـ وإن كان العامل فعليه أُجرة أرض المالك وإصلاحها وأرش النقص.

قوله: (ولا يشتري إلّا بعين المال).

لأنّ مقصود القراض أن يكون ربح المال بينهما، ولا يكون ذلك إلّا إذا اشترى بالعين، لأن الحاصل بالشراء في الذمة ليس ربح هذا المال.

قوله: (فان اشترى في الذمة من دون إذن، وقع له إن لم يذكر المالك).

مقتضى الإطلاق أن الشراء له وإن نوى المالك إذا لم يذكره، ومفهوم قوله فيما تقدم: (وان اشترى في الذمة لزم العامل إن أطلق الشراء ولم يجز المالك) أنه مع الأجازة يقع له كما نبهنا عليه. وينبغي أن يجيء احتمال كون الربح للمالك إن ربح وكان قد نقد مال القراض ثمناً، لأنه كالغاصب حينئذ.

قوله: (وإلّا بطل).

أي: وإن ذكر المالك في الشراء بطل، لكن مع عدم الإجازة، لأن الفضولي موقوف. وإنما أطلق المصنف هنا البطلان، اكتفاءً بما ذكره سابقاً.

واعلم: أن الفرق بين ما ذكره هنا وبين قوله سابقا: (وإن اشترى في الذمة

وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال، فلو اشترى عبداً بألف هي رأس المال، ثم اشترى بعيّنها آخر بطل الثاني، وإن اشترى في ذمته صح له اذا لم يذكر المالك، والاّ وقف على الإجازة.

وله أن يشتري المعيب، ويرد بالعيب، ويأخذ الأرش ، كل ذلك مع الغبطة.

لزم العامل) أن ذاك من أحكام ما اذا اشترى بأزيد من ثمن المثل، وهذا حكم الشراء في الذمة مطلقاً.

قوله: (وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال).

لأن عقد القراض إنما تضمن الاذن في الشراء برأس المال، فلا يتسلط على الشراء بما زاد، لان الشراء إنّما هو بالعين فقط.

قوله: (فلو اشترى عبداً بألف هي رأس المال ثم اشترى بعينها آخر، بطل).

مقتضى قوله: (هي رأس المال) أن الشراء بعينها، وكذا قوله بعد: (وإن اشترى في ذمته ...) وحيث كان كذلك فقد ملكها البائع، فامتنع الشراء بها للمالك مرة أخرى، فيقع العقد له باطلاً.

قوله: (وإن اشترى في ذمته صح له إن لم يذكر المالك، وإلاّ وقف على الإجازة).

ينبغي أنه إذا نوى المالك ولم يذكره وأجاز يصح.

قوله: (وله أن يشتري المعيب ويرد بالعيب ويأخذ الأرش، كلّ ذلك مع الغبطة).

لأن مدار التصرف على الاسترباح، وقد يحصل الربح في المعيب، وقد تُحقق الغبطة في ردّه أو في أخذ الأرش.

ولو اختلفا في الرد والأرش قدّم جانب الغبطة، فإن انتفت قدّم المالك.

وليس له أن يشتري من ينعتق على المالك إلّا باذنه، فإن فعل صح وعتق وبطلت المضاربة في ثمنه، فإن كان كل المال بطلت المضاربة.

ويتصور هذا الفرض: بأن يشتري بظن السلامة ثم يظهر العيب، فقد يكون الرد أغبط وقد يكون الأغبط أخذ الأرش، بخلاف الوكيل، إذ ليس المقصود ذلك، فيجب حمل إطلاق التوكيل على شراء الصحيح، إذ ربما قصد المالك القنية.

قوله: (ولو اختلفا في الرد والأرش، قدّم جانب الغبطة).

سواء كانت في جانب المالك أم العامل، لأن للعامل حقاً في المال، باعتبار أن له حظاً من الربح، فليس للمالك إبطال حقّه من الغبطة.

قوله: (فان انتفت قدم المالك).

المتبادر من انتفاء الغبطة: أن لايكون في أحد الجانبين غبطة أصلاً، فيستويان في عدمها، فلا حقّ للعامل حينئذ، فيقدم جانب المالك، لأن الناس مسلطون على أموالهم.

وتُصور صحة البيع في هذا الفرض: بأن تكون الغبطة عند الشراء ثم تزول، ويشكل جواز الرد حينئذ، لأن التصرف من أوله صحيح ماض. ويُتصور فيما إذا لم يكن عالماً بالعيب ثم تجدد علمه به.

وفي بعض النسخ: (فان اتفقت...)ومعناه: انه اذا اتفقت الغبطة من الجانبين، قدم المالك، وهو صحيح أيضاً، إذ ليس للعامل حق يفوت بأحد الأمرين حينئذ.

قوله: (وليس له أن يشتري من ينعتق على المالك إلا بإذنه).

لأن ذلك مناف لمقصود القراض، إذ المراد الاسترباح، وهذا تخسير محض على تقدير صحته.

قوله: (فإن فعل صح وعتق وبطلت المضاربة في ثمنه، فان كان كلّ

ولو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته، والوجه الأُجرة،

المال بطلت المضاربة).

أي: فان أذن المالك فاشترى صح الشراء ـ كما لو باشره بنفسه أو وكّل فيه ـ وعتق على المالك وبطلت المضاربة في ثمنه خاصة، لأنه بمنزلة التالف، وصار الباقي رأس المال. ولو كان ثمنه جميع المال بطلت المضاربة، كما لو تلف جميع مال المضاربة.

هذا كله إذا لم يكن في العبد ربح، ولو كان فيه ربح ففيه قولان أشار اليهما المصنف بقوله: (ولو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته، والوجه الأُجرة).

فالأول: قول الشيخ في المبسوط[1]، ووجهه: ان العامل يملك حصته من الربح بالظهور، وأن المالك بإذنه في الشراء الموجب للعتق كأنه استردّ طائفة من المال بعد ظهور الربح وأتلفها، ولأن العامل شريك سرى العتق في نصيبه، فيضمن المالك النصيب.

وفيه نظر، لأن ذلك إنما يتم إذا قلنا أن السراية تتحقق بالعتق القهري أو باختيار سبب العتق، بناء على أن اختيار السبب اختيار للمسبب.

ونظرٌ آخر يظهر من توجيه كلام المصنف الآتي، وهو: أن هذا التصرف ليس من تصرفات القراض، فلا يستحق في مقابله الحصة.

ووجه الثاني ـ وهو ما اختاره المصنف من وجوب أُجرة المثل ـ أن المضاربة تبطل بالشراء، لأن مثل هذا الشراء لايقع للمضاربة، فان شراء المضاربة هو الذي يقبل التقليب والبيع مرة بعد اخرى للاسترباح، وهذا لكونه يستعقب العتق غير قابل لذلك، فاذا صرف مال المضاربة فيه بطلت وضمن المالك أُجرة المثل، لأن العامل قد عمل ماحصل للمالك به النفع المطلوب، وقد فاتت الحصة المعينة في مقابله بفسخ المضاربة، فيستحق أُجرة المثل. ولو قلنا: أن العامل إنما يملك الحصة بالقسمة أو

---

(١) المبسوط ٣: ١٧٧.

فإن لم يأذن فالأقـرب البطلان إن كان الشراء بالعين أو في الذمة وذكر المالك، وإلّا وقع للعامل مع علمه، وفي جاهل النسب أو الحكم اشكال.

الانضاض، استحق الأُجرة قولاً واحداً.

وفي هذا نظر، لأن استحقاق العامل الأُجرة إنّما هو في العمل المحسوب للمضاربة إذا فاتت الحصة، وقد قرر المصنف أن هذا ليس من أعمال المضاربة، بل هو خلاف مقتضاها، فيكون توكيلاً محضاً، وليس من مقتضيات التوكيل ثبوت الأُجرة للوكيل على عمل مقتضاها، فكل من القولين مشكل.

والذي ينساق إليه النظر عدم استحقاق العامل شيئاً إن لم يكن ذلك إحداثاً لقول ثالث.

ولقـائـل أن يقـول: إن مقتضى القراض الإسترباح، وهو حاصل بالبيع المذكور، ولانسلّم أنه لابدّ من قبول كلّ شراء للقراض ترتب البيع عليه والتقليب، لأن جواز الفسخ من العامل أو المالك ينافي ذلك، ولأنه لو عيّن زمان القراض بحيث لايسع مع الشراء البيع، يجب أن يكون فاسداً. وفيه منع ظاهر، ولعل المنع من شرائه بدون الإذن للضرر المقارن له، وهو التخسير، لا لعدم تناول الإذن له.

اذا عرفت ذلك فهنا أمران:

الأول: على قول الشيخ لو كان المالك معسراً بقي قدر نصيب العامل رقيقاً، وعلى الثاني ينعتق الجميع وتبقى الأُجرة على المالك إلى ميسرة.

الثاني: على قول الشيخ لو لم يكن ربح لاشيء للعامل، وعلى الثاني ذكر المصنف في التحرير تردداً في ثبوت الأُجرة[1]، وفي ثبوتها بُعد.

قوله: (وإن لم يأذن فالأقرب البطلان إن كان الشراء بالعين أوفي الذمة وذكر المالك، وإلّا وقع للعامل مع علمه).

---

(١) تحرير الأحكام ١:٢٧٧.

. . . .

ماسبق حكم ما اذا أذن المالك في الشراء، فأما اذا لم يأذن واشترى العامل من ينعتق على المالك فلا يخلو: إما أن يكون عالماً بالنسب والحكم أو لا، فإن كان عالماً: فان اشترى بعين المال، أو في الذمة وذكر المالك فالأقرب عند المصنف البطلان، وينبغي أن يكون ذلك مقيّداً بعدم الاجازة؛ لأنه فضولي كما لايخفى.

ويظهر من تقرير الشارح الفاضل أن مراد المصنف بالبطلان: أنه لايقع موقوفاً بل يقع باطلاً؛ لأستلزام عقد القراض النهي عن هذا التصرف، وان مقابل الأقرب انه يحتمل وقوفه على الاجازة[1]، وهو بعيد.

ووجه القرب: أنه تصرّف بغير إذن المالك، لأن عقد القراض لايتناوله، لأنه مقصور على الاسترباح، وهذا إتلاف ولم يصدر منه إذن آخر.

ويحتمل ضعيفاً الصحة، لأنه مال مقوّم قابل للعقود في نفسه فيصح شراؤه، كما لو اشتراه بإذن ربّ المال ثم ينعتق على المالك وتبطل المضاربة. ويلزم العامل الضمان؛ لأن تلف مال المضاربة بسببه. وإن لم يكن الشراء بالعين، ولاذكر المالك لفظاً، ولا نواه بحيث يعلم به البائع وقع الشراء للعامل وأُلزم به ظاهراً.

اذا عرفت ذلك فقول المصنف: (مع علمه) قيد في كل من البطلان على تقديرالشراء بالعين أو في الذمة مع ذكر المالك، ووقوعه للعامل على تقدير عدمهما.

لكن يرد عليه: انه لامعنى للتقييد بعلم العامل اذا لم يكن الشراء بالعين؛ لأن الشراء في الذمة غير مستفاد من عقد القراض أصلاً، فلا يكون مأذوناً فيه فيقع فضولياً.

وإن لم يكن العامل عالماً بالنسب، أو لم يكن عالماً بالحكم فقد أشار اليه المصنف بقوله: (وفي جاهل النسب أوالحكم اشكال). (ويجب أن يكون موضع

---

(١) ايضاح الفوائد ٢:٣١٤.

. . . .

الاشكال ما اذا اشترى بالعين؛ لأن الشراء في الذمة غير مأذون فيه، إذ لايقيّده عقد القراض، والفرض عدم إذن غيره)[1].

ومنشأ الاشكال: من أن عقد القراض يقتضي الاذن في شراء ما فيه ربح ظاهر، لابحسب نفس الأمر؛ لاستحالة توجه الخطاب الى الغافل لاستلزامه تكليف مالايطاق، فيصح البيع وينعتق العبد ولاضمان؛ لأن التلف لأمر لم يعلم به العامل، كما لو اشترى معيباً لم يعلم بعيبه فتلف به.

ومن أن الاذن في القراض إنما ينصرف الى مايمكن بيعه وتقليبه في التجارة للاسترباح، ولايتناول غير ذلك، فلا يكون ما سوى ذلك مأذوناً فيه.

والتباس الأمر ظاهراً لايقتضي الأذن، غاية ماقي الباب انه غير آثم في تصرفه، أمّا كونه هو التصرف المأذون فيه أو تكليف مالايطاق. وتوجيه الخطاب الى الغافل إنما يلزم على تقدير ثبوت الأثم، لا على تقدير عدم الاذن في ذلك التصرف، إذ لاامتناع في أن يظن المكلف ـ لامارة ـ ماليس بمأذون فيه مأذوناً فيه، ولايصير بمجرد هذا الظن مأذوناً فيه. نعم لايكون مؤاخذاً به، فاذا انكشف الحال تبيّن عدم نفوذ التصرف لوقوعه في غير محل الاذن.

فإن قيل: أي فرق بين هذا وبين الوكيل اذا عُزل ولم يعلم، فان تصرفه ماض على أصح القولين؟ وكذا اذا فسخ الجاعل ولم يعلم المجعول له حتى أُتي بالمجعول عليه؟

قلنا: الفرق أن الإذن في التصرف المأتي به في الوكالة والجعالة قد ثبت بأصل العقد، والكلام في كون العزل والفسخ قبل العلم نافذ ليرتفع ذلك الاذن أولاً فيبقى. ويرجح الثاني لما يترتب على نفوذه من الضرر العظيم والمفاسد، والتمسك باستصحاب

---

(١) مابين القوسين لم يرد في نسخة «ك».

ولو اشترى مَن نذر المالك عتقه صح الشراء ، وعتق على المالك

الحال الى أن يحصل الدليل الناقل بخلاف ماهنا، فإن التصرف الواقع غير مأذون فيه قطعاً. وإنما ظن العامل شمول الاذن له نظراً الى ظاهر الحال، فاذا انكشف الأمر تبيّن عدم الشمول.

فإن قيل: فما الحكم؟

قلنا: اذا ثبت كون الشراء للقراض بالبينة أو بإقرار البائع ثبت بطلان البيع، فيرد كلاًّ من العوضين الى صاحبه مع الامكان . فإن لم يكن أو لم يثبت ذلك شرعاً فالبيع ظاهراً لازم للعامل وإن كان بحسب الواقع فاسداً.

ثم المالك إن علم أن الشراء للقراض لم يكن له تغريم العامل؛ لأنّ أقصى حاله أن يكون المال تالفاً، والتلف بغير تقصير غير مضمون، فيعتمد التقاص حينئذ بأن يبيع العبد ويستوفي ماله؛ لبقائه على ملك البائع، وبقاء الثمن على ملك المالك في ذمته.

فإن قيل: فماالفرق بينه وبين شراء المعيب اذا تلف بالعيب؟

قلنا: الفرق أنّ شراء المعيب صحيح نافذ لجواز شرائه مع العلم بالعيب، وان كان متزلزلاً لجواز الفسخ بالعيب، فإذا تلف بالبيع قبل الفسخ من غير تقصير من العامل فهو من مال المالك، ولا ضمان على العامل.

فإن قيل: فلو كان شراء المعيب باعتبار العيب خالياً من الغبطة، وإنّما ظنّها العامل لظنّ السلامة، وكذا كل موضع ظنّ الغبطة فظهر خلافها.

قلت: لا أعلم الآن تصريحاً في حكم ذلك، والمتجه عدم صحة البيع[1] فتأتي الأحكام السابقة.

قوله: (ولو اشترى مَنْ نَذَرَ المالكُ عِتْقَه صحّ الشراء، وعتق على

---

(١) في «هـ»: والمتجه صحة البيع.

ـ إن لم يعلم العامل بالنذر ـ ولاضمان.

ولو اشترى زوجة المالك احتمل الصحة والبطلان.

المالك إن لم يعلم العامل بالنذر ولا ضمان).

إنّ علم العامل بالنذر فالحكم كما سبق في من ينعتق على المالك، وإن لم يعلم فقد أطلق المصنف هنا وفي التذكرة صحة الشراء، ووقوع العتق، ونفي الضمان[1].

والفرق بينه وبين من ينعتق على المالك غير واضح، فإنّ كلاً منهما لم يتناوله الإذن الواقع في عقد القراض، غاية مافي الباب أن المنذور عتقه إنّما يعلم كونه كذلك من قبل المالك، وربما لم يعلم به أحد سواه، بخلاف من ينعتق عليه بالأبوة ونحوها. لكن لا أثر لهذا الفرق، وعلى صحة الشراء ونفوذ العتق يقبل قوله؛ لأنّ له فسخ القراض في كل وقت.

وهل للعامل حق لوكان فيه ربح؟ ينبغي على قول الشيخ في المسألة السابقة أن يكون له حصة من الربح، وأن ينفذ العتق فيها مع اليسار، فيطالب بثمنها، وعلى قول المصنف له الأجرة. وكل ذلك موضع نظر، والتوقف طريق السلامة.

قوله: (ولو اشترى زوجة المالك احتمل الصحة والبطلان).

وجه الصحة: انها مال صالح للاكتساب به، وقد اشترى بثمن المثل مع ظن المصلحة فوجب أن يقع الشراء صحيحا، أذ لامانع إلاّ انفساخ النكاح وهو غير مخلّ بمقصوده؛ لأن حصول المطلوب به الآن آكد.

ووجه البطلان: اشتماله على ضرر المالك بانفساخ عقدٍ عقده بإختياره، ولزوم نصف الصداق لو كان قبل الدخول، وجميعه بعده. وهذا الاحتمال إنما يكون مع الشراء بالعين، أو في الذمة مع ذكر المالك أو نيته، وإن كان اذا لم يعلم البائع يقع الشراء للعامل ظاهراً، وبدون ذلك فالشراء للعامل لامحالة.

---

(١) تذكرة الأحكام ٢: ٢٣٨.

ولو اشترى زوج المالكة باذنها بطل النكاح، وبدونه قيل: يبطل الشراء؛ لتضررها به وقيل: يصح موقوفاً.

ولايضمن العامل مايفوت من المهر ويسقط من النفقة، وقيل مطلقاً فيضمن المهر مع العلم.

وعلى الصحة لو كان الشراء قبل الدخول فقد قال المصنف في التذكرة: إن في لزوم نصف المهر للزوج وجهين. فإن قلنا يلزم رجع به على العامل؛ لأنه سبَّب تقريره عليه فيرجع به عليه، كما لو أفسدت امرأة النكاح بالرضاع[1]، ولم يذكر حكم مابعد الدخول، وكأنه يرى عدم جواز الرجوع به؛ لأنه قد تقرر بالدخول.

ثم انه هل يستقل بالبيع من دون اذن؟ يحتمل العدم؛ لما فيه من ابطال استباحة الوطء، وذلك ضرر. ويحتمل الجواز؛ لأنه لما بطل النكاح لصحة البيع صارت من جملة أموال القراض، والأصح البطلان فكل هذه الأحكام ساقطة.

وليس المراد بالبطلان: وقوعه باطلاً من أصله، بل عدم الاجازة؛ لأنه لاينقص عن الفضولي، وإن كان ظاهر عبارة المصنف الأول؛ لان حصول الضرر بالشراء دليل النهي عنه وإن بعد.

قوله: (ولواشترى زوج المالكة بإذنها بطل النكاح).

أي: لو كان مالك مال المضاربة امرأة فاشترى زوجها العبد، فإن كان بإذنها صح الشراء وبطل النكاح؛ لامتناع اجتماع الملك والنكاح قطعاً.

وإن كان بغير اذنها ففيه أقوال ذكرها بقوله: (وبدونه: قيل: يبطل الشراء لتضررها به، وقيل: يصح موقوفاً فلا يضمن العامل ما يفوت من المهر ويسقط من النفقة، وقيل: مطلقاً فيضمن المهر مع العلم).

---

(١) التذكرة ٢: ٢٣٨.

وكذا لو اشترى مَن له عليه مال.

الأول قول الشيخ في المبسوط[١]، ووجهه ما أشار اليه من حصول ضرر المالكة به، فيكون ذلك دليل عدم الرضى فيقع العقد باطلاً. وهذا الاحتمال قائم وإن قلنا: إن الفضولي يقع موقوفاً، كما يفيده دليله وإن كان ضعيفاً.

ووجه الثاني: انه شراء غير مأذون فيه فيقع موقوفاً لكونه فضولياً، لكن قول الشارح الفاضل: إن هذا قول كل من قال بصحة عقد الفضولي موقوفاً على الاجازة[٢] غير ظاهر لما نبهنا عليه، ولأنه خلاف المتبادر من العبارة.

ووجه الثالث: أن المقصود بالشراء للقراض حاصل في هذا العبد، فيكون اطلاق العقد متناولاً للاذن في شرائه فيقع صحيحاً غير موقوف على الاجازة، وهو المراد بقول المصنف: (وقيل مطلقاً)، أي: وقيل يصح مطلقاً، أي: غير مقيّد بالاجازة. قال الشارح السيد: وهذا القول لم نقف عليه في كتب أصحابنا، وإنما نقله المصنف وابن سعيد[٣].

اذا تقرر هذا: فعلى القول الأول الحكم ظاهر، وعلى الثاني لاضمان على العامل لو اجازت المالكة البيع لما يفوت من المهر والنفقة؛ لأن ذلك باختيارها، أما على الثالث فيضمن اذا كان عالماً؛ لأن التفويت جاء من قبله، والأصح هو الثاني.

قوله: (وكذا لو اشترى من له عليه مال).

أي: وكذا يجيء ما سبق لو اشترى عامل القراض عبداً لمالك مال القراض عليه مال فيحتمل بطلان الشراء من رأس؛ لتضرر المالك بسقوط ماله بدخوله في ملكه، لامتناع أن يثبت له على عبده مال.

ويحتمل وقوعه موقوفاً إذ لايقصر عن الفضولي، ويحتمل صحته ونفوذه

---

(١) المبسوط ٣:١٧٦.

(٢) ايضاح الفوائد ٢:٣١٦.

(٣) شرائع الاسلام ٢:١٤٢.

والوكيل في شراء عبدٍ مطلق لو اشترى أب الموكل احتمل الصحة وعدمها، والمأذون له في شراء عبد كالوكيل، وفي التجاره كالعامل.

لتناول عقد القراض الاذن في شرائه؛ لكونه مالاً قابلاً للاسترباح. فإن قلنا بهذا الأخير ففي تضمين العامل اشكال ينشأ: من أن سقوط دين المالك بسبب فعله فكان ضامناً؛ لأنّه سبب الإتلاف، كذا قال في التذكرة[1].

وعلى ما ذكره هنا في المسألة السابقة فحقه الجزم بالضمان في هذه أيضاً، والأصح الثاني. والظاهر انه لافرق بين أن يكون له عليه مال مستحق الآن كدية الجناية خطأ، أو في ذمته بحيث يتبع به بعد العتق.

قوله: (والوكيل في شراء عبد مطلق لو اشترى أب الموكل احتمل الصحة وعدمها).

وجه احتمال الصحة عموم الاذن هاهنا المتناول لمحل النزاع، وربما تعلّق به غرض الموكل للفوز بثواب العتق، بخلاف القراض فإن الغرض الاسترباح بالتقليب والبيع والشراء فلم يتناول الاذن في شراء نحو الأب.

ووجه العدم أن المتبادر من اللفظ شراء عبد تجارة أو عبد قنية، وشراء من ينعتق ليس واحداً منها. ولما فيه من الضرر بتلف الثمن لبذله في مقابل مالاتبقى ماليته، فحينئذ يكون فضولياً فيقف على الاجازة عند من قال: إنّ الفضولي يقع موقوفاً، وهو الأصح.

قوله: (والمأذون له في شراء عبد كالوكيل، وفي التجارة كالعامل).

أي: والعبد المأذون له في شراء عبد إن أُذن له في شراء عبد ولم يقيّد بكونه للتجارة فهو كالوكيل، وإن قيّد بذلك فهو كالعامل، فيأتي في صحة البيع وفساده ووقوعه موقوفاً لو اشترى من ينعتق على السيد ما سبق.

---

(١) التذكرة ٢:٢٣٨.

ولو اشترى العامل من ينعتق عليه ولاربح في المال صح ، فإن ارتفع السوق وظهر ربح وقلنا يملك به عتق حصته، ولم يسرْ على اشكال، إذ لااختيار في ارتفاع السوق، واختياره السبب وإن كان فيه ربح وقلنا انه لايملك العـامل بالظهور صح ولاعتق، وإن قلنا يملك فالأقرب الصحة فينعتق نصيبه، ويسري إلى نصيب المالك، ويغرم له حصته لاختياره الشراء.

ويحتمـل الاستسعـاء في باقي القيمـة للمُعتق وإن كان العامل موسراً، والبطلان؛ لأنه مخالف للتجارة.

قوله: (ولو اشترى العامل من ينعتق عليه ولاربح في المال صح، فإن ارتفـع السـوق وظهر ربح وقلنا يملك به عتق حصته، ولم يسرِ على اشكال؛ إذ لااختيار في ارتفاع السوق، واختياره السبب).

ما سبق حكم ماإذا اشترى العامل من ينعتق على المالك، وهذا حكم من ينعتق على العامل.

فإذا اشترى أباه فلا يخلو: إما أن يكون في المال ربح، أوْ لا. فإن لم يكن فيه ربح صحّ الشراء قطعاً؛ لعدم المانع، ثم إن لم يظهر فيه ربح حتى بيع فلا بحث، وإن ارتفع السوق وظهر ربح: فإما أن نقول بأن العامل يملك الحصة من الربح بالظهور، أوْ لا. فإن قلنا بالأول عتق نصيب العامل لحصول المقتضي.

وهل يسري الى الباقي؟ ذكر المصنف فيه اشكالاً ينشأ: من أن حصول الملك له لم يكن باختياره؛ لأنه إنما حصل بارتفاع السوق، وارتفاعه لادخل لاختياره فيه، فكان كالإرث الحاصل على وجه قهري فلايسري.

ومن أنه اختار السبب وهو الشراء، إذ لولاه لم يملك شيئاً بارتفاع السوق، واختيار السبب اختيار للمسبب.

وفيه نظر؛ لأن الشراء ليس هو مجموع السبب وإنما هو سبب بعيد، والسبب

. . . .

القريب إنما هو ارتفاع السوق الذي لادخل للاختيار فيه، فلا يكون الملك بالاختيار؛ لأن جزء سببه غير مقدور.

لكن روى ابن أبي عمير في الصحيح، عن محمد بن قيس، عن أبي عبدالله عليه السلام: في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى أباه وهو لايعلم؟ قال: «يُقوّم، فإن زاد درهماً واحداً أُعتق واستسعى في مال الرجل»[1]. وهي كما يحتمل كون الربح موجوداً وقت الشراء يحتمل تجدده، فيكون حجة في محل النزاع؛ لأن ترك الاستفصال دليل العموم.

والضمير في «أُعتق» يعود الى ما عاد اليه ضمير«زاد» و«يُقوّم» وهو الأب، فيعتق جميعه. ولايضر ذكر الاستسعاء؛ لامكان اجرائه على ظاهره. أو الحمل على اعسار العامل، والعمل بالرواية قريب.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (إذ لااختيار في ارتفاع السوق) إشارة الى أحد الوجهين من وجهي الاشكال، وهو وجه عدم السراية.

وقوله: (واختياره السبب) إشارة الى الوجه الثاني، وهو مرفوع على انه مبتدأ محذوف الخبر تقديره: واختياره السبب ثابت، ونحوه، وإن كان عطفه على قوله: (لا اختيار في ارتفاع السوق) ليكون في حيز «إذ» غير مطبوع. كما أن تقدير اللام محذوفة ليكون تقديره: ولاختياره السبب غير حسن، وإن كان فيه ربح حال الشراء، وهو الذي أراده المصنف بقوله: (وإن كان فيه ربح وقلنا لايملك بالظهور صح ولا عتق، وإن قلنا يملك فالأقرب الصحة فينعتق نصيبه، ويسري الى نصيب المالك، ويغرم له حصته لاختياره الشراء ويحتمل الاستسعاء في باقي القيمة للمعتق وإن كان العامل موسراً، والبطلان؛ لأنه مخالف للتجارة) وتحقيقه: انه اذا كان الربح وقت الشراء فإما أن نقول: إن العامل انما يستحق الأُجرة دون الحصة المشروطة، أو نقول: يملكها لكن

---

(١) الكافي ٥:٢٤١ حديث ٨، الفقيه ٢:١٤٤ حديث ٦٣٣، التهذيب ٧:١٩٠ حديث ٨٤١.

. . . .

بالإنضاض أو القسمة، فلا بحث في صحة الشراء إذ لامانع فإنه لاعتق حينئذ.

وإما أن نقول: بأنه يملك الحصة بمجرد ظهور الربح، ففيه احتمالان أقربهما عند المصنف صحة البيع؛ لحصول المقتضي وانتفاء المانع، إذ ليس إلّا حصول الضرر على المالك وهو منتف هاهنا؛ لأن العتق إنما هو على العامل دون المالك، وحينئذٍ فينعتق نصيب العامل لدخوله في ملكه، ويسري الى نصيب المالك على ما اختاره المصنف، ويغرم له حصته؛ لاختياره الشراء الذي هو السبب، واختيار السبب إختيار للمسبب.

ويحتمل ـ بناء على صحة البيع وانعتاق نصيب العامل ـ أن لا يُقَوَّم نصيب المالك على العامل، بل يستسعي العبد في باقي قيمته للمالك وإن كان العامل موسراً، فإنه لابحث في الاستسعاء اذا كان معسراً وهو اختيار أبي القاسم بن سعيد[1]؛ لدلالة الرواية السالفة وغيرها على ذلك. ولأن التقويم على خلاف الأصل، اذ هو شغل لذمة بريئة فيقتصر فيه على موضع الوفاق.

الاحتمال الثاني: بطلان البيع؛ لأنه مناف لمقصود القراض، إذ الغرض هو الشراء للتجارة التي تقبل التقليب للاسترباح، وهذا شراء يعقبه العتق فيكون مخالفاً للتجارة، فلا يكون مأذوناً فيه فيكون باطلاً، أي: غير نافذ مع عدم الاجازة.

إذا عرفت ذلك فأعلم أنّ الرواية دالة على صحة البيع ونفوذ العتق، فتدل على صحتـه فيما إذا كان العبد بحيث يعتق على المالك وأذن فيه فلا يكون منافياً لمقصود القراض ويكون اشتراط الإذن هناك لما يلزم من الضرر. فتثبت الحصة ـ كما اختاره الشيخ[2] ـ لا الأجرة كما اختاره المصنف.

وأمّا الاستسعاء فظاهر الرواية ثبوته مطلقاً، فإنْ قام الدليل على أنّ العتق بالشراء موجب للسراية نزلت على اعسار العامل. فاذاً نحن في السراية في الموضعين.

---

(١) شرائع الاسلام ٢:١٤٢

(٢) المبسوط ٣:١٧٥.

المطلب الثاني: ليس للعامل أن يسافر إلّا باذن المالك، فإن فعل بدون اذن ضمن وتنفذ تصرفاته ويستحق الربح.

ولو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها، أو بابتياع شيء معيّن فابتاع غيره ضمن، ولو ربح حينئذ فالربح بينها على الشرط.

هذا، وقوله: (ولم يسرِ على إشكال) من المتوقفين.

قوله: (ليس للعامل أنْ يسافر إلّا بإذن المالك، فإنْ فعل بدون إذنٍ ضمن، وتنفذ تصرفاته، ويستحق الربح).

أمّا عدم جواز السفر بدون الإذن فهو مذهب علمائنا، لأنّ فيه تغريراً بالمال، ولأنّه لايتبادر من إطلاق العقد ولايتفاهم منه ليكون شاملاً له، وللروايات الصريحة في ذلك عن أهل البيت عليهم السلام: مثل رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[1]، وصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام[2]، وقد تضمنت نفوذ التصرفات واستحقاق الحصة من الربح مع الضمان لو خالف.

وأيضاً فإنّه لا منافاة بين المنع من السفر ونفوذ البيع، فإنّه مأذون في التجارة من حيث هي تجارة وإنْ منع من السفر باعتبار التغرير فإنّ المنع من أحد المتقارنين لايقتضي بمجرده المنع من الآخر، ولافرق في ذلك بين أنْ يكون الطريق مخوفاً أو لا.

قولـه: (ولو أمره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها، أو بابتياع شيء معين فابتاع غيره ضمن، ولو ربح حينئذ فالربح على الشرط).

أمّـا الضمان فلا بحث فيه؛ للمخالفة، ومع ذلك فإذا سافر الى غيرالجهة المأمور بها، وكان المتاع الذي يريد بيعه مثلاً انقص قيمة من الجهة الأُخرى بما لا

---

(١) الكافي ٥: ٢٤٠ حديث ١.

(٢) الكافي ٥: ٢٤٠ حديث ٢، التهذيب ٧: ١٨٩ حديث ٨٣٦.

ولو سوّغ له السفر لم يكن له سلوك طريق مخوّف، فإن فعل ضمن.

يتغابن به في العادة لا يجوز البيع، فإنْ فعل لم يكن نافذاً إلّا مع الإجازة، صرّح بذلك في التذكرة[١]، وحيث يصحّ فالثمن مضمون عليه.

وأمّا نفوذ البيع واستحقاق الحصة من الربح إذا أمره بابتياع شيء معين فخالف فلظاهر صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام: في الرجل يعطي الرجل مضاربة فيخالف ما شرط عليه والربح بينهما[٢]. وفي صحيحة أخرى مرسلة عن رجل عن الصادق عليه السلام: في رجل دفع الى رجل مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضـاربـة، فذهب فاشـترى غير الذي أمره، قال: «هو ضامن، والربح بينهما على ماشرط»[٣] وهذه نص في الباب.

وهنا إشكال هو: إنّ الشراء الواقع حينئذ غير مأذون فيه، فيجب أنْ يكون فضولياً يقف على الإجازة، ولايستحق به العامل أجرة لتبرعه به. لكن لا سبيل الى ردّ الرواية الصحيحة[٤] المعتضدة بعمل الأصحاب.

قوله: (ولو سوغ له السفر لم يكن له سلوك طريق مخوف، فإنْ فعل ضمن).

هذا إذا أطلق له الإذن، ولو سوغ له سلوك المخوف، فعدم الجواز بحاله للتغرير بنفسه.

ولو لم يخف على نفسه ولاماله فهل يحرم عليه إذا خاف على مال المضاربة؟ يحتمل ذلك؛ للنهي عن إضاعة المال، ويحتمل العدم؛ لأنّ الإضاعة غير متيقنة، وعلى

---

(١) التذكرة ٢:٢٤١.

(٢) الكافي ٥: ٢٤٠ حديث ١.

(٣) التهذيب ٧:١٩٣ حديث ٨٥٣.

(٤) في «هـ»: الصريحة.

فاذا أذن في السفر فأُجرة النقل على مال القراض، ونفقته في الحضر على نفسه، وفي السفر من أصل القراض كمال النفقة على رأي، فلو كان معه غيره قسّط.

ويحتمل مساواة الحضر، واحتساب الزائد على القراض .

كل حال فلا ضمان.

وهذا قد يستفاد من مفهوم عبارة التذكرة حيث قال: وكذا لو أذن له في السفر مطلقاً لم يكن لهالسفر في طريق مخوف[1].

قوله: (وأجرة النقل على مال القراض).

أي:نقل مال القراض إذا جرت العادة بالاستئجار على نقله، ولو جرت العادة بحمله كلؤلؤة كبيرة فليس ببعيد عدم جواز الاستئجار عليه. وهذا إنّما هو مع الاذن في السفر لامطلقاً، فإنّه مع عدمه يضمن أُجرة النقل.

قوله: (ونفقته في الحضر على نفسه).

عند علمائنا أجمع، فلا يسوغ له أنْ يتناول من مال القراض شيئاً وإنْ قل، ولا أنْ يواسي منه بشيء كالغذاء ودفع كسرة الى السقاء، ونحو ذلك.

قوله: (وفي السفر من أصل القراض كمال النفقة على رأي، فلو كان معه غيره قسط. ويحتمل مساواة الحضر واحتساب الزائد على القراض).

المشهور بين الأصحاب أنّ العامل يستحق الانفاق في السفر من أصل مال القراض كمال النفقة، ذهب الى ذلك الشيخ في النهايه[2] والخلاف[3]، وأكثر

---

(١) التذكرة ٢: ٢٤١.

(٢) النهايه: ٤٣٠.

(٣) الخلاف ٢: ١١٤ مسألة ٦ كتاب القراض .

. . . .

الأصحاب[١]، واختاره المصنف في كتبه[٢] وهو الأصح، لأنّه بسفره إنقطع الى العمل في مال القراض، فناسب أنْ تكون النفقه على المال، ولصحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: «في المضاربة ماانفق في سفره فهو من جميع المال، وإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه»[٣]. وهو ظاهر في المطلوب؛ لأنّ «ما» للعموم.

وذهب في المبسوط الى عدم الاستحقاق، وإنّ نفقته من ماله كالحضر، ولأنّه دخل على أنّ له سهماً معلوماً من الربح فلايستحق سواه، وقد لايربح المال أكثر من النفقة. وذهب أيضاً الى أنّه على تقدير القول بالاتفاق إنّما يستحق ما زاد على نفقة الحضر من مأكول وملبوس وآلات؛ لأنّه الذي إقتضاه السفر[٤]، والحجة الحديث السابق.

إذا عرفت ذلك فأعلم أنّ استحقاقه للانفاق من مال القراض ـ كمال النفقة أو بعضها ـ إنّما هو إذا لم يكن معه مال آخر لنفسه أو غيره، فإنْ كان معه مال آخر قسطت النفقة عليهما على قدر المالين.

ويحتمل التقسيط على قدر العمل في المالين، والأول أوجه؛ لأنّ استحقاق النفقة في مال القراض منوط بكونه الباعث على السفر، ولا نظر الى العمل في ذلك.

ويرد عليه مالو أخذ مضاربة في حال السفر فإنّه يقتضي أنْ لايستحق نفقة أصلاً، وهنا مباحث:

الأول: زعم الشارح الفاضل أنّ التقسيط على تقدير أنْ يكون مع العامل مال آخر يتفرع على وجوب كمال النفقة من مال القراض، لاعلى القول بأنّ الواجب

---

(١) منهم ابن ادريس في السرائر: ٢٥٦، والمحقق في الشرائع ٢: ١٣٨ وابن سعيد في الجامع للشرائع: ٣١٦.

(٢) المختلف: ٤٨١، التذكرة ٢:٢٤٢، التحرير ١:٢٧٦.

(٣) الكافي ٥:٢٤١ حديث ٥، الفقيه ٣:١٤٤ حديث ٦٣٥، التهذيب ٧:١٩١ حديث ٨٤٧.

(٤) المبسوط ٣:١٧٢.

. . . .

هو الزيادة خاصة. فعلى هذا القول تكون نفقته على نفسه[١].

والظاهر أنّ ذلك سهو، فإنْ المقتضي في الموضعين واحد، وإنّما أوقعه في ذلك التفريع الواقع في عبارة المصنف حيث قال بعد قوله: (كمال النفقة): (فلو كان معه غيره ..) ولا دلالة فيها، فإنّ التفريع كما يكون على القول يكون على الآخر، وعدم التعرض اليه لكونه ليس مختاراً له. وعبارة التحرير[٢] والتذكرة[٣] مطلقة، فتجري على القولين. ثم إنّ قول المصنف: (فلو كان معه غيره) يشمل مال نفسه ومال غيره.

الثاني: قول المصنّف: (ويحتمل مساواة الحضر...) يمكن أن يكون إشارة الى القول الذي إختاره الشيخ في المبسوط[٤] تفريعاً على القول باستحقاق النفقة، فيكون معناه: استواء الحضر والسفر في أنّ مقدار نفقة الحضر من ماله والزائد محسوب من القراض ويكون أحد المتساويين.

ووجه المساواة محذوفين في العبارة تقديره: ويحتمل مساواة الحضر السفر في كون مقدار نفقة الحضر من العامل والزائد على القراض. ويمكن أن يكون ذلك إشارة الى القولين، فقوله: (ويحتمل مساواة الحضر) اشارة الى عدم استحقاق النفقة أصلاً. وقوله: (وإحتساب الزائد على القراض) اشارة الى القول الثالث فيكون في حيّز: (ويحتمل).

والشارح السيد جعل قوله: (ويحتمل...) احتمالين ـ هما من تتمة أحكام ما إذا كان معه مال آخر في مقابل التقسيط ـ: أحدهما كون النفقة كلّها في مال العامل كالحضر؛ لأنّه إنّما سافر في تجارته وأراد أن يزداد في الربح فأخذ مال القراض

---

(١) المبسوط ٣ : ١٧٢.

(٢) التحرير ١ : ٢٧٦.

(٣) التذكرة ٢ : ٢٤٢.

(٤) المبسوط ٣ : ١٧٢.

ولـو انتـزع المالك منه المال في السفر فنفقة العود على خاص العامل،

مستصحباً له.

والثـاني: استحقاق الزائد على نفقة الحضر من مال القراض في الفرض المذكور؛ لأنه مشغول بمصلحته كما كان حاضراً، وانّما لزمه بسبب السفر المقدر الزائد على نفقة الحضر فكان له انفاقه لا غير، وليس بشيء.

الثالث: لو شرط عدم النفقة لم ينفق، ولو شرطها فهو تأكيد. وهل يشترط تعيينهـا حينئـذ؟ يحتمل ذلك حذراً من جهالة الشرط، ويحتمل العدم لثبوتها بدون الشرط، فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل.

وانّما ينفق بالمعروف مع الإطلاق، فإن أسرف حسب عليه، وإن قتر لم يكن له أخذ الفاضل، وكلّما يبقى من أعيان النفقة كالثوب والقربة يجب ردّه بعد العود الى القراض.

الرابع: لو شرط في القراض النفقة فأخذ من آخر قسطّ، لأن ذلك منزّل على اختصاصه بالعمل له، وكذا لو شرطا. ولو شرط احدهما وأطلق الآخر ، فإن علم الأول بالقراض الآخر فالنفقة من ماله خاصة عملا بالشرط، والاّ قسّط. ولا يخفى أن استحقاق النفقة انما هوحيث لم يكن سفره بغير إذن المالك.

قوله: (ولو انتزع المالك منه المال في السفر فنفقة العود على خاص العامل).

أي: فنفقة العامل في حال العود عليه لا في مال القراض، خلافاً لبعض العامة؛ لأنّه استحق النفقة ذهاباً وعوداً حين السفر[1]، وهو ضعيف. ولا غرور؛ لأنّ

---

(١) انظر: المدونة الكبرى ٥ : ٩٢، بداية المجتهد ٢ : ٢٤٠، المغنيُ لابن قدامة ٥ : ١٥٣، الشرح الكبير المطبوع مع المغني لابن قدامة ٥ : ١٦٥.

ولو مات لم يجب تكفينه.

المطلب الثالث: ليس للعامل وطء أمة القراض وإن ظهر الربح، فان فعل من غير إذن حُدّ، وعليه المهر، وولده رقيق إن لم يظهر ربح، ولا تصير أُم ولد. ولو ظهر ربح انعقد حراً، وهي أُم ولد، وعليه قيمتها.

العقد الجائز يجوز فسخه دائما، وقد دخلا على ذلك.

قوله: (ولو مات لم يجب تكفينه).

أي: لو مات العامل لم يحسب كفنه من مال القراض بل من ماله؛ لأنّه استحق النفقة في حال الحياة لامطلقاً. وكذا لو مرض فاحتاج الى دواء ونحوه فانه من ماله.

قوله: (ليس للعامل وطء أمة القراض وان ظهر الربح، فإن فعل من غير اذن حدّ) .

كمال الحد إن لم يكن ربح، وإلاّ فبقدر نصيب المالك على القول بأنه يملك الربح بالظهور.

قوله: (وعليه المهر).

ولـو كانت عالمة بالتحريم مطاوعة ففي وجوبه إشكال سبق في الغصب، والأصح عدم الوجوب.

قوله: (ولو ظهر ربح انعقد حراً وهي أُم ولد).

لأنّه لاحق بالواطىء، لأنّ بعضها ملك له، ولايتصور التبعيض في اللحاق وحينئذ فيتحقق معنى الاستيلاد، وبه رواية[1] سبقت في البيع.

قوله: (وعليه قيمتها عند الولادة).

لأنّه وقت تقويم الولد ووقت صيرورة الموطوءة أُم ولد.

---

(١) التذكرة٢: ٢٤٣.

وليس للمالك وطء الأمة ايضاً، فان فعل فهي أُم ولد إن علقت، ولا حد،

قوله: (وليس للمالك وطء الأمة أيضاً).

سواء كان هناك ربح أم لا صرّح به في التذكرة، لأنّ حق العامل قد تعلق بها، والوطء ينقصها إنْ كانت بكراً أو يعرضها للخروج من المضاربة، وللتلف، لأنّه ربّما يؤدي الى إحبالها.

كذا قال في التذكرة، ثم قال بعد ذلك: إنّ انتفاء الربح في المتقومات غير معلوم، وإنّما يتيقن الحال بتنضيض المال، أمّا لو تيقن عدم الربح فالأقرب أنّه يجوز له الوطء[١].

هذا كلامه، إلاّ أنّ هذا منافٍ لإطلاق كلامه بعد في التذكرة أيضاً بأنّ المالك ليس له أنْ يكاتب عبد القراض إلاّ برضاء العامل.

قال في التذكرةأيضاً: وإذا قلنا بالتحريم ووطأ فالأقرب أنّه لايكون فسخاً[٢].

أقول: حيث أنّ الوطء لايعد فسخاً فينبغي أنْ لايجوز الوطء للمالك حتى يحصل الفسخ وإنْ لم يكن ربح، لثبوت علاقة العامل بالمال بنفس عقد القراض، فلا يسوغ كلّما يفضي الى زوالها.

نعم، عدم جعل ذلك فسخاً لايخلو من نظر، فإنّه إذا وقع في البيع من البائع وكان له الخيار كان فسخاً، فكيف في العقد المبني على الجواز.

قوله: (فان فعل فهي أُم ولد إنْ علقت ولاحد).

أمّا صيرورتها أُم ولد فلا بحث فيه، وأمّا أنّه لاحد، فلأنّها إذا لم يظهر ربح

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٣.

(٢) التذكرة ٢ : ٢٤٣.

وتحتسب قيمتها وتضاف اليها بقية المال، وان كان فيه ربح فللعامل حصته.

ولو أذن له المالك في شراء أمة يطؤها قيل جاز، والأقرب المنع، نعم لو أحله بعد الشراء صح.

ملك له خاصة ومع الظهور يدرأ بالشبهة، لأنّ جماعة يقولون بأنّه ليس للعامل فيها شيء إلّا بعد البيع وظهور الربح والقسمه، كذا قال في التذكرة[1].

ويشكل بأنّ المالك ربّما كان قائلاً باستحقاق العامل الحصة بظهور الربح، فكيف يستقيم نفي الحد هاهنا وعدّ ذلك شبهة؟ فإنْ صحّ ذلك يلزم أنْ كل ماوقع الاختلاف فيه يعد شبهة.

قوله: (وتُحتسب قيمتها، ويضاف اليها بقية المال).

ليكون الجميع رأس مال القراض؛ لأنّ العقد لايبطل بذلك.

قوله: (وإنْ كان فيه ربح فللعامل حصته).

أي: إنْ كان في المأخوذ قيمة ربح فللعامل أخذ حصته منه، لأنّه قد نض حينئذ فله المطالبة بحقه.

ويشكل بأنّه إنْ كان فسخاً للقراض لم يكن لإضافة بقية المال اليها معنى، بل لابد من عقد جديد، وإنْ لم يكن فملك العامل لايستقر على الحصة من الربح بذلك.

قوله: (ولو أذن له المالك في شراء أمة يطأها، قيل: جاز، والأقرب المنع، نعم لو أحلّه بعد الشراء صحّ).

القائل بالجواز هو الشيخ في النهاية[2]؛ تعويلاً على رواية الكاهلي عن ابي الحسن عليه السلام[3] ووجه القرب المستفاد من قوله تعالى:﴿إلّا على أزواجهم أو

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٣.

(٢) النهاية : ٤٣٠.

(٣) التهذيب ٧ : ١٩١ حديث ٨٤٥.

وليس لاحدهما تزويج الأمة ولا مكاتبة العبد، فان إتفقا عليهما جاز.

وليس له ان يخلط مال المضاربة بماله، إلاّ مع إذنه فيضمن بدونه، ولو قال: اعمل برأيك فالأقرب الجواز.

ماملكت ايمانهم﴾[1]، ولأنّ أمر الفروج مبني على الاحتياط التام فلا يعول فيه على مثل هذه ا لرواية، والأصح المنع أمّا إذا وقع التحليل بعد الشراء على وطئه فلا بحث في الجواز.

فرع: لو ظهر ربح لم تحل الأمة بالتحليل على الأصح[2].

قوله: (وليس لأحدهما تزويج الأمة ولا مكاتبة العبد، فإنْ إتفقا عليهما جاز).

أمّا عدم الجوازللعامل فظاهر، وأمّا المالك؛ فلأنّ القراض لايرتفع بالتزويج، وهو ينقص قيمتها فيتضرر به العامل.

والكتابة خلاف وضع القراض، لما عرفت غير مرة من أنّ وضعه على الاكتساب بالبيع والشراء ومافي معناهما، أمّا إذا إتفقا فلا بحث في الجواز.

قوله: (وليس له أنْ يخلط مال المضاربة بماله إلاّ مع إذنه فيضمن بدونه).

لأنّ الشركة عيب، ولا دلالة لعقد القراض على الإذن فيه، فإذا فعل بغير إذن فقد تعدّى فيضمن.

قوله: (ولو قال: إعمل برأيك فالأقرب الجواز).

أي: فالأقرب جواز الخلط، ووجه القرب: إنّه قد عممّ له الإذن في التصرف

---

(١) المؤمنون: ٦.

(٢) هذا الفرع لم يرد في «ك».

وليس له أن يشتري خمراً ولا خنزيراً إذا كان أحدهما مسلماً. وليس له أن يأخذ من آخر مضاربة إن تضرر الأول إلّا باذنه، فان فعل وربح في الثانية لم يشاركه الأول.

باختياره، فيندرج فيه محل النزاع.

وقيل: لايجوز ذلك؛ لأنّه ليس من التجارة.

ويضعّف بأنّه إذا كان فيه غبطة كان من توابعها.

وربّما وجه عدم الجواز بأنّ الرأي مصدر لاعموم له ويضعّف بأنّ المتبادر من هذه الصيغة باعتبار الاستعمال هو العموم، إذ لايُراد ولايُفهم منها إلّا تفويض التصرفات الى رأيه، فكأنّه قال له: إعمل برأيك في كل موضع ومعلوم أنّه لايُراد به عمله برأيه وقتاً ما أو مرة ما، فكان القول بالجواز مع المصلحة أقوى.

قوله: (وليس له أنْ يشتري خمراً ولاخنزيراً إذا كان أحدهما مسلماً).

وكذا كلّ مالايجوز للمسلم شراؤه كالميتة.

قوله: (وليس له أنْ يأخذ من آخر مضاربة إنْ تضرر الأول إلّا بإذنه).

يتحقق تضرر الأول بأنْ يكون العمل في المال الثاني مانعاً عن العمل الأول، أو عن كماله، أو عجزه عن حفظها وضبطها وإنّما لم يجز ذلك؛ لأنّ المضاربة مبنية على الحظ والاستنهاء فاذا فعل مايمنع ذلك لم يكن له، كما لو أراد التصرف بخلاف الغبطة.

فان قيل: إنّ المالك الأول لم يملك منافعه، فكان له صرفها في أمر آخر.

قلنا: وإن لم يكن ملكها لكنه تعين صرفها في العمل للقراض الأول بمقتضى العقد، ولهذا لايجوز له ترك المال بغير عمل، ولا التقصير عن العمل الذي جرت به العادة، نعم لو لم يتضرر لم يمنع.

قوله: (فإنْ فعل وربح في الثانية لم يشاركه الأول).

ولو دفع إليه قراضاً وشرط أن يأخذ له بضاعة فالأقوى صحتها.

ولو قارض إثنان واحداً وشرطا له النصف وتفاضلا في الباقي مع تساوي المالين، أو بالعكس فالأقوى الصحة.

أي: فإنْ أخذ مضاربة بدون إذن الأول مع تضرره، وعمل بها فربح كان للعامل حصة من الربح، ولم يشاركه الأول فيها.

وقال بعض العامة: إنّ حصة العامل تضم الى ربح المضاربة الأولى؛ لأنّه إستحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحقت بالعقد[1] وليس بشيء؛ لأنّ المنفعة غير مملوكة له، ولأنّ استحقاق الربح في المضاربة إما بالمال أو العمل. وكلاهما منتفٍ هنا.

قوله: (ولو دفع اليه قراضاً، وشرط أنْ يأخذ له بضاعة فالأقوى صحتها).

أي: صحة القراض والشرط، وقد سبق البحث في هذه المسألة أول القراض وذكرنا خلاف الشيخ وبيّنّا وجه الصحة.

قوله: (ولو قارض إثنان واحداً وشرطا له النصف، وتفاضلا في الباقي مع تساوي المالين، أو بالعكس فالأقوى الصحة).

مقتضى إطلاق العبارة أنّه لافرق بين كون المالين ممتزجين وعدمه، وأنّه لافرق بين كون حصة العامل مشروطة من مجموع ربح المالين أو من ربح كل منهما وحده.

فأمّا إذا شرطت حصة العامل من المجموع فوجه الصحة وجود المقتضي، وهو صدور العقد من أهله في محله، وانتفاء المانع، اذ ليس إلّا تفاضل المالكين في الربح مع تساوي المالين، أو تساويهما فيه مع تفاضل المالين، وذلك لايصلح للمانعية؛ لأنّ

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥ : ١٦٣ الشرح الكبير المطبوع مع المغني لابن قدامة ٥ : ١٥٦.

ولو كان العامل اثنين وساواهما في الربح صح وإن اختلفا في العمل.

تفاضلها قد يكون ناشئاً من تفاوت حصة العامل من نصيب كل منها من الربح، وذلك أمر جائز فينزّل إطلاق العقد عليه؛ تغليباً لجانب الصحة وعملاً بعموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [١] وغيره، وهو الأصح.

ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لأن صرف الاطلاق إلى هذا الفرد يحتاج الى صارف وهو منتف، فيبقى محتملاً لجانب الصحة والفساد على السواء من غير ترجيح، وضعفه ظاهر، وقد بيّنا المرجح.

وأمّا إذا شرطت حصة العامل من نصيب كل منها بخصوصه، فإن صحة العقد والشرط حينئذ مبني على ماسبق في الشركة اذا كان المالان ممتزجين.

وعلى مااختاره المصنف في هذا الكتاب من أنّ الصحة مشروطة بما اذا عملا أو أحدهما لايصح هاهنا؛ لأن العامل غيرهما. وعلى مااخترناه هناك لايصح العقد ولا الشرط، إلّا اذا كان المشروط له الزيادة أيضاً عاملاً، ليكون قراضاً بالنسبة اليه أيضاً.

واذا عرفت ماقررناه ولحظت كلام الشارح الفاضل تبيّن انه غير وافٍ بحل العبارة.

قوله: (ولو كان العامل اثنين وسوّاهما في الربح صح وإن اختلفا في العمل).

وذلك لأنّ تعدد العامل يقتضي كون العقد بمنزلة عقدين، ولاشك في صحة ذلك مع تعدد العقد. ومنع مالك من المفاوتة بين العاملين في الحصة اذا قارضهما في عقد واحد[٢]، ورده في التذكرة[٣]، ولم يتعرض اليه هنا.

---

(١) المائدة : ١.

(٢) المدونة الكبرى ٥ : ٩٠.

(٣) التذكرة ٢ : ٢٣٠.

ولو أخذ من واحد مالاً كثيراً يعجز عن العمل فيه ضمن مع جهل المالك.

ولو أخذ مائة من رجل ومثلها من آخر، واشترى بكل مائة عبداً فاختلطا اصطلحا، أو اقرع.

المطلب الرابع: العامل يملك الحصة من الربح بالشرط دون الأُجرة على الأصح،

قوله: (ولو أخذ من واحد مالاً كثيراً يعجز عن العمل فيه ضمن مع جهل المالك).

لأنّ تسليم المال اليه إنما كان ليعمل فيه، فاذا كان عاجزاً عن العمل كان وضع يده على خلاف الوجه المأذون فيه فكان ضامناً، أمّا مع علم المالك فلا.

قوله: (ولو أخذ مائة من رجل ومثلها من آخر، واشترى بكل مائة عبداً فاختلطا اصطلحا أو أقرع).

لعدم العلم بعين مال كل منهما، فان تراضيا فلا بحث، وإن تشاحّا أقرع؛ لأنّ كل أمر مشكل فيه القرعة.

ويحتمل إجرامسألة الثوبين التي في الصلح هاهنا فيباعان مجتمعين إن لم يمكن بيعهما منفردين، ويقسم الثمن بينهما. ولو أمكن واستويا في الثمن فلا بحث، وإلّا أُقرع إن لم يتراضيا.

ووجه الاحتمال: إنّه لادخل لخصوصية الثوبين في الحكم المذكور، فيستوي الثوبان وغيرهما. والقول بالقرعة أوجه؛ لعدم دليل على غيره. وبيع مال الغير على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع الوفاق.

قوله: (العامل يملك الحصة من الربح بالشرط دون الأُجرة على الأصح).

ذهب الشيخ في المبسوط[١]، والخلاف[٢]، والاستبصار[٣]، واكثر الأصحاب الى استحقاق العامل الحصة المشترطة[٤] وذهب الشيخ في النهاية[٥]، والمفيد[٦]، وجمع الى انه إنما يستحق أجرة المثل[٧].

وظاهر كلام المصنف في المختلف في الاستدلال للثاني أن القراض معاملة فاسدة عند القائل به[٨]. وكلام الشيخ في النهاية غير دال على الفساد بل قد يُشعر بالصحة، فإنّه قال في آخر الباب: إنّه إذا كان له على غيره دين لم يجز له جعله مضاربة إلّا بعد أن يقبضه ثم يعطيه إياه إن شاء[٩]، ومقتضى هذه العبارة الجواز حينئذ.

وكيف كان فالأصح استحقاق الحصّة على ما شرط؛ عملاً بعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[١٠]، وعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[١١]، والأخبار الكثيرة الصريحة في ذلك[١٢]، والاحتجاج بأنّ الربح تابع للملك، وأنّ جهالة الشرط توجب الغرر فتكون فاسدة ضعيف؛ لأنّ عموم النهي عن الغرر قد خص منه كثير

(١) المبسوط ٣ : ١٨٨.

(٢) الخلاف ٢ : ١١٥ مسالة ١٤ كتاب القراض.

(٣) الاستبصار ٣ : ١٢٦.

(٤) منهم ابن ادريس في السرائر : ٢٥٦، والمحقق في الشرائع ٢ : ١٤٠، وابن البراج في المهذب ٢ : ٤٦٠.

(٥) النهاية : ٤٢٨.

(٦) المقنعة : ٩٧.

(٧) منهم سلار في المراسم : ١٨٢، وابو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه : ٣٤٧.

(٨) المختلف : ٤١٨.

(٩) النهاية : ٤٣٠.

(١٠) المائدة : ١.

(١١) الكافي ٥ : ٤٠٤ حديث ٨، التهذيب ٧ : ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣ : ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

(١٢) الكافي ٥ : ٢٤٠ و ٢٤١ حديث ٢ و ٣ و ٧، التهذيب ٧ : ١٨٨ حديث ٨٣٠ و ٨٣١.

ويملك بالظهور لا بالانضاض على رأي ملكاً غير مستقر،

من الأحكام كالمزارعة والمساقاة، ولا وجه للمنع هنا مع ورود النص.

قوله: (ويملك بالظهور لا بالانضاض على رأي ملكاً غير مستقر).

بناء على أن العامل يملك الحصة من الربح. قد اختلف الفقهاء في وقت ملكه إيّاها على أقوال، أصحها انّه يملكها من حين ظهور الربح، ويدل عليه وجوه منها: إن سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد، فيجب أن يثبت مقتضاه حين وجود الربح؛ لوجوب الوفاء به متى أمكن. ومنها انه لو لم يملك بالظهور لم يكن له المطالبة بالقسمة لأنّها فرع الملك، والتالي باطل اتفاقاً.

فإن قيل: المطالبة بالقسمة لعلاقة استحقاق التملك بها، كما اذا طلب البيع لرجاء حصول الربح بوجود من يشتري بزيادة عن القيمة.

قلنا: فلا تكون قسمة حقيقية؛ لأنّها تميز المالين، وظاهر اطلاقهم انها قسمة حقيقية.

ومنها صحيحة محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام يعتق نصيب العامل من أبيه مع ظهور الزيادة[1]، ولو لم يملك امتنع العتق.

ومنها إطلاق الأخبار بكون الربح بين المالك والعامل[2]، وهي كما تتناول ما بعد القسمة كذا تتناول حال الظهور.

الثاني: انه يملك بالانضاض لا قبله؛ لأنّ الربح قبله لا وجود له في الخارج، وإنما هو موهوم مقدّر الوجود، والمملوك لابد أن يكون محقق الوجود، فيكون الظهور موجباً لاستحقاق الملك بعد التحقق، ولهذا يورث عنه ويضمن حصة من أتلفها، سواء

(١) الكافي ٥ : ٢٤١ حديث ٨، الفقيه ٣ : ١٤٤ حديث ٦٣٣، التهذيب ٧ : ١٩٠ حديث ٨٤١.

(٢) انظر : الكافي ٥ : ٢٤٠ حديث ١ و ٢، التهذيب ٧ : ١٨٨ و ١٨٩ حديث ٨٢٩ و ٨٣٦، الاستبصار ٣ : ١٢٦ حديث ٤٥٢.

وإنما يستقر بالقسمة أو بالانضاض، والفسخ قبل القسمة.

المالك والأجنبي.

وفيه نظر: فإنّا لانسلّم أن الربح قبل الانضاض غير موجود؛ لأنّ المال غير منحصر في النقد، فاذا ارتفعت قيمة العرض، فرأس المال منه ما قابلت قيمته رأس المال والزائد ربح لامحالة، ومعلوم انه محقق الوجود.

ثم إنّا لانسلم أن المملوك لابد أن يكون محقق الوجود، وانتقاضه بالدين واضح.

الثالث: انّه إنّما يملك بالقسمة، إذ لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعاً في المال كسائر الأموال المشتركة، والتالي باطل لانحصاره في الربح.

وفيه نظر؛ لمنع الملازمة، فإنّه لامنافاة بين الملك وكون الربح وقاية لرأس المال؛ لجواز كون الملك متزلزلاً واستقراره مشروط بالسلامة، ولأنه لو ملكه لاختص بربحه. وفي الملازمة منع، والسند ما تقدم.

وحكىٰ الشارح الفاضل نقلاً عن المصنف قولاً رابعاً، وهو كون القسمة كاشفة عن سبق الملك؛ لأنّ القسمة ليست من الأسباب المملكة، والمقتضي للملك هنا إنما هو العمل وإنما كانت كاشفة لأنها تدل على انتهاء العمل الموجب للملك[1]، وضعف هذا غني عن البيان بعدما سبق بيانه.

قوله: (وإنما يستقر بالقسمة أو الانضاض، والفسخ قبل القسمة).

قد حققنا أن العامل يملك الحصة من الربح بالظهور ملكاً غير مستقر، لأن الربح وقاية لرأس المال فلابد لأستقراره من أمر آخر، فحينئذ نقول: لايخلو أما أن ينضم الى الظهور انضاض جميع المال، أو قدر رأس المال مع الفسخ والقسمة، أو أحدهما، أو بدونها، أو ينضم اليه القسمة دون الانضاض. ثم القسمة إما للربح فقط

---

(١) ايضاح الفوائد ٢ : ٣٢٣.

. . . .

أو لجميع المال فهنا صور:

أ: أن ينضم الى الظهور الانضاض لجميع المال، أو لقدر رأس المال فقط مع الفسخ والقسمة، فلا بحث في الاستقرار.

ب: الصورة بحالها لكن لم يقتسما، وفيه وجهان أصحهما ـ وهو مقرب التذكرة[١]، وظاهر اختياره هنا ـ حصول الاستقرار ايضاً؛ لأن العقد قد ارتفع ورأس المال حاصل ناض، فيخرج الربح عن كونه وقاية لارتفاع حكم القراض بارتفاع العقد، ولوجوب صرف الربح الى ما شرطاه حيث ارتفع العقد.

والثاني العدم؛ لأن القسمة من تتمة عمل العامل، قال المصنف في التذكرة: وليس شيئاً[٢]، وما قاله حق؛ لأن رأس المال متميز وقسمة الربح لادخل لها في استقرار ملك العامل على الحصة.

فإن قيل: مادام لايقبض المالك رأس ماله يجب أن يكون بحيث لو تلف منه شيء يجبر من الربح؛ استصحاباً لما كان، ولظاهر قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[٣].

قلنا: الاستصحاب حجة عند عدم الناقل لامعه وقد حصل؛ لأنه اذا ارتفع العقد خرج المال عن كونه مال قراض فيبقى أمانة، لأن اليد في الأصل لم تكن يد ضمان فينتفي حكم جبرانه من الربح، لأنّه دائر مع كونه قراضاً.

والحديث لادلالة له على مانحن فيه؛ لأن واضع اليد على مال الغير وإن كان في العهدة الى الأداء، إلّا أنه لايلزم جبران التالف بغير تقصير من الربح في صورة

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٣.

(٢) التذكرة ٢ : ٢٤٣.

(٣) عوالي اللآلي ١ : ٢٢٤ حديث ١٠٦.

النـزاع، ولانتقـاضه بما بعدالقسمة قبل القبض. وترددالمصنف في التحرير هنا[1]، ولاريب في ضعف تردده.

ج: أن يقع الفسخ والمال عروض كله أو بعضه بحيث لم ينض رأس المال، فإن حصلت القسمة بعد ذلك حصل استقرار الملك للعامل لانقطاع حكم القراض وإلّا بُني على أن العامل هل يجبر على البيع والانضاض؟ فإن قلنا به فحكم القراض باق لبقاء العمل، وإن قلنا بالعدم فوجهان كالوجهين السابقين في الصورة الثانية. وسيأتي حكم المبني عليها في الفصل الثالث إن شاء الله تعالى.

د: أن تكون القسمة للربح فقط ولادخل له في الاستقرار وعدمه، بل إن حصل شيء من الأمور المذكورة يقتضي الاستقرار فثبوته به، وإلّا فلا، وسيأتي في كلام المصنف ما ينبّه عليه إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت ذلـك فاعلم أن قول المصنف: (وإنـما يستقـر بالقسمـة، أو الانضاض والفسخ قبل القسمة) يتناول الصور السابقة جميعها، فحكمه بالاستقرار بالقسمة في مقابل الانضاض يقتضي الاستقرار بها وإن كان المال عروضاً كله أو بعضه.

لكن يرد عليه شيء، وهو أن القسمة بمجردها لاتوجب الاستقرار من دون فسخ القراض؛ لأنّه لامعنى للقسمة إلّا قسمة الربح، إذ ليس في رأس المال شركة إلّا باعتباره؛ وقسمة الربح وحدها لاتخرجه عن كونه وقاية لرأس المال.

ثم فالمدار على ارتفاع القراض وانتهاء عمله، وعبارة المصنف لاتفي بذلك لاطلاقها. وماسيأتي من قوله: (ان قسمة الربح مع بقاء العقد لاتقتضي خروجه عن الوفاء به) لاينفع في هذا الضابط لثبوت الإخلال بالفهم وعدم البينة الى ما هناك.

وقوله: (أو الانضاض والفسخ) ظاهره يقتضي اعتبار انضاض جميع المال،

---

(١) التحرير ١ : ٢٧٧.

ولو أتلف المالك أو الاجنبي ضمن له حصته ويورث عنه، والربح وقاية لرأس المال، فان خسر وربح جبرت الوضيعة من الربح، سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أو مرتين، وفي صفقة واحدة أو اثنتين.

وليس بجيد، بل يكفي انضاض قدر رأس المال. ويقتضي أيضا أن انضاض قدر الربح لا أثر له، وكذا يقتضي عدم الاستقرار اذا حصل الفسخ والمال عروض، وهو صحيح على أن ما اختاره فيما بعد من وجوب الانضاض على العامل.

قوله: (ولو أتلف المالك أو الأجنبي ضمن له حصته ويورث عنه).

هذه الأحكام غير مخصوصة بأن العامل يملك الحصة بالظهور، بل لو قلنا انه إنما يملك بالانضاض أو القسمة فالحكم كذلك؛ لأن له حقاً مؤكداً إذ قد ملك ان يملك فيطالب المتلف، سواء كان هو المالك أو غيره؛ لأن الإتلاف يجري مجرى استرداد المالك جميع المال فيغرم حصة العامل، وينتقل هذا الحق الى الوارث.

قوله: (والربح وقاية لرأس المال، فإن خسر وربح جبرت الوضيعة بالربح سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أو مرتين وفي صفقة او اثنين).

روى اسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام: إنّه سأله عن مال المضاربة قال: «الربح بينهما والوضيعة على المال»[1]،وهو دال على المدّعى؛ لأن المال يتناول الأصل مع الربح، ويقتضي ثبوت هذاالحكم مادام مال مضاربة، فيستمر مادامت المعاملة باقية، وقد أجمع أهل الاسلام على ذلك، قال في التذكرة: لانعلم في ذلك خلافاً[2].

ولأن الربح هو الفاضل عن رأس المال.

---

(١) التهذيب ٧ : ١٨٨ حديث ٨٢٩، الاستبصار ٣ : ١٢٦ حديث ٤٥٢.

(٢) التذكرة ٢ : ٢٤٣.

فلو دفع الفين فاشترى باحداهما سلعة وبالأُخرى مثلها، فخسرت الأُولى وربحت الثانية جبر الخسران من الربح، ولا شيء للعامل إلّا بعد كمال الألفين.

ولو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح،

وعلى هذا فلا فرق بين كون الربح والخسران في مرة واحدة، أو الخسران في سفرة والربح في أُخرى. وكذا لافرق بين كونها في صفقة واحدة، أو الربح في صفقة والخسران في أُخرى.

قوله: (فلو دفع ألفين فاشترى بإحداهما سلعة وبالأُخرى مثلها فخسرت الأُولى وربحت الثانية جُبِر الخسران من الربح ولاشيء للعامل الا بعد كمال الألفين).

بيان للصفقتين والحكم ظاهر.

قوله: (ولو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتُسِب التالف من الربح).

المراد بدوران المال في التجارة: التصرف فيه بالبيع والشراء، وهنا صورتان:

احداهما: تلف جميع المال، وذلك كأن يشتري برأس المال متاعاً تزيد قيمته على أصل المال، بأن يكون فيه ربح فيتلف منه مقدار رأس المال.

والثانية: تلف بعضه، واطلاق المصنف التلف يتناول التلف بآفة سماوية كمرض حادث، وبغصب غاصب، وسرقة سارق، وغير ذلك، وسيأتي إن شاء الله تعالى ذكر ذلك في كلام المصنف صريحاً.

وقد جزم بالحكم هنا، وفي التحرير[1]، وقال في التذكرة: إنّه الأقرب، وهو

---

(١) التحرير ١ : ٢٧٩.

وكذا لو كان قبل دورانه على إشكال،

المختار؛ لأنّ الربح وقاية لرأس المال على ما سبق بيانه، فما دام رأس المال لايكون موجوداً بكماله على وجه يأخذه المالك فلاربح.

ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لأنّه نقصان لاتعلق له بتصرف العامل وتجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق، ولأنّه في الغصب والسرقة يحصل الضمان على الغاصب والسارق فلا حاجة الى جبره بمال القراض[1].

وضعفه ظاهر، فإن كون الربح وقاية لرأس المال في القراض لم يدل دليل على اشتراط الحكم بكون النقص بسبب السوق، ولأنّه لايعقل وجود الربح مع كون رأس المال ناقصاً. والكلام في الغصب والسرقة إنما هو مع عدم حصول العوض من الغاصب والسارق، وحينئذ فهو تلف. ومما قررناه يظهر أن دعوى الشارح السيد الإجماع على جبر التالف من الربح بعد دورانه في التجارة ليس بجيد.

قوله: (وكذا لو كان قبل دورانه على اشكال).

أي: وكذا يحتسب التالف من الربح لو كان التلف قبل دوران المال في التجارة، سواء كان التالف الجميع أو البعض. فهنا صورتان أيضاً على اشكال في الاحتساب ينشأ: من أن وضع المضاربة على أن الربح وقاية لرأس المال، فلا يستحق العامل ربحاً إلّا بعد أن يبقى رأس المال بكماله، لأنّه قد دخل على ذلك، وعدم دورانه في التجارة لا أثر له في ذلك. ومن حيث أن التلف قبل الشروع في التجارة يُخرج التالف عن كونه مال قراض؛ لأنّ الفرض أن لابدل له فلا يلزم عوضه من الربح. وهو ضعيف؛ لأنّ المقتضي لكونه مال القراض هو العقد لادورانه في التجارة.

وإنّما يحتسب التالف من الربح حيث لايتحقق له بدل، فكيف يؤثر عدم وجوب البدل في عدم الاحتساب؟ والأصح الأول، واختاره الشيخ في المبسوط[2]، وابن

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٤.

(٢) المبسوط ٣ : ١٩٠.

. . . .

ادريس[١]، قال المصنف في التحرير: وفيه نظر ضعيف[٢].

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه قد يُسأل هنا: انه اذا تلف جميع مال القراض قبل دورانه في التجارة لم يبق هناك قراض ليحتسب المال من ربحه؛ لبطلان القراض حينئذ؟

وجوابه: ان ذلك يُتصور فيما اذا أذن المالك للعامل في القراض بأن يشتري في الذمة، فاشترى متاعاً للقراض في الذمة بقدر مال القراض، وتلف المال بغير تفريط قبل الدفع فإن البيع لاينفسخ بذلك؛ لعدم تعيين الثمن، ولايقع الشراء للعامل على أصح القولين وفاقاً للشيخ في المبسوط، حيث حكم بأن الشراء للمالك اذا كان قبل تلف رأس المال، بخلاف مالو كان بعده لانفساخ القراض حينئذ[٣].

واختار في الخلاف وقوعه للعامل[٤]، وهو ضعيف، واختار الأول ابن البراج[٥]، والمصنف في المختلف[٦]، وهو الأصح؛ لأن العقود تابعة للقصود، فحينئذ يجب على المالك دفع الثمن ويكون الجميع مال القراض.

(لكن يشكل تقييد الشيخ في المبسوط بما اذا غصب مال القراض فاشترى في الذمة، ثم بعد اليأس من الاسترداد استُرد، فإنّ القراض يجب أن لايبطل هنا، إلاّ ان يقال حكم بالبطلان ظاهراً في وقت الشراء فلا يكون قصده معتبراً)[٧].

---

(١) السرائر : ٢٥٨.

(٢) التحرير ١ : ٢٧٩.

(٣) المبسوط ٣ : ١٩٤.

(٤) الخلاف ٢ : ١١٥ مسألة ١٥ كتاب القراض.

(٥) المهذب ١ : ٤٦٤.

(٦) المختلف : ٤٨٢.

(٧) ما بين القوسين لم يرد في نسخة «ك».

سواء كان التلف للمال أو للعوض ، باحتراق، أو سرقة، أو نهب، أو فوات عين، أو بانخفاض سوق، أو طريان عيب.

والزيادات العينية كالثمرة والنتاج محسوبة من الربح، وكذا بدل منافع الدواب، ومهر وطء الجواري ،حتى لو وطأ السيد كان مسترداً مقدار العقر.

قوله: (سواء كان التلف للمال أو للعوض باحتراق، أو سرقة، أو نهب، أو فوات عين، أو بانخفاض سوق، أو طريان عيب).

تعميم للتلف بحيث يستوي جميع أفراده في هذا الحكم، وأراد بتلف المال: تلف عين مال القراض قبل دورانه في التجارة، وبالعوض: تلف الحاصل بالتجارة.

قوله: (والزيادات العينية كالثمرة والنتاج محسوبة من الربح، وكذا بدل منافع الدواب، ومهر وطء الجواري، حتى لو وطأ السيد كان مسترداً مقدار العقر).

أطلق المصنف الحكم بكون هذه محسوبة من الربح هنا وفي التحرير[1]، وإن توقف فيه في احتساب مقدار العقر لو وطأ المالك.

ويشكل بأن المشروط في عقد القراض إنما هو الحاصل بالاسترباح بالتجارة؛ لأن وضع عقد القراض على ذلك. ومن ثم لو عامله على الاسترباح بالاستنماء ونحوه لم يصح كما سبق؛ لأنه خلاف وضعه حتى لو شرطه في العقد بطل؛ لأنه خلاف مقتضاه، فكيف يستحق العامل الحصه في هذا الربح مع أنه نماء ملك المالك؟ وانتقال الملك يتوقف على سبب مملّك. نعم، لو كان النماء المذكور بعد ظهور الربح اتجه ذلك.

فإن قيل: اشتراط الاسترباح بغير التجارة هوالمخالف لوضع القراض، أمّا

---

(١) التحرير ٢ : ٢٨٠.

ولو كان رأس المال مائة فخسر عشرة، ثم أخذ المالك عشرة، ثم

استحقاق غير ربح التجارة فإنّ اشتراطه غير منافٍ، فكما يجوز أن يشترط مالاً وعملاً، كذا يجوز أن يشترط حصة من ربح آخر.

قلنا: اشتراط مال في عقد القراض يجب أن يكون معلوماً وإلّا ليجهل العقد به واغتفار جهالة الربح الذي هو مقصود العقد، ومبناه عليه لايقتضي اغتفار جهالة الشرط، فإن الغرر محذور، وتجويز بعضه بالنص لايقتضي تجويز كل غرر.

فإن قيل فكيف جاز اشتراط مضاربة أُخرى أو بضاعة؟

قلنا: هذا في حد ذاته معاملة سائغة، فاذا اشترطت في العقد فلا ابطال. ولو سلّم جواز اشتراط ذلك فلا نسلم أن اطلاق الحصة من الربح في العقد يتناول هذا القسم، فإن الربح الواقع في العقد لاعموم له. والمتبادر منه إنما هو الربح الحاصل بالعمل الذي هو مقتضى العقد ـ أعني الاسترباح بالتجارة ـ فكيف يجوز حمله عليه؟ فإطلاق هذا الحكم في غاية الاشكال.

وقد رجّح المصنف في التذكرة ما قلناه، حين حكىٰ عن أكثر الشافعية أن هذا النوع من الربح للمالك خاصة، إذا لم يكن المال قد ربح بالتجارة شيئاً، فنفى عنه البأس[1]، وذلك هو الذي يقتضيه النظر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (حتى لو وطأ السيد كان مسترداً مقدار العقر) يريد به نصيب العامل فيه، كما صرح به في التذكرة[2]. لكن يشكل بأن ذلك إنما يتحقق إذا كان العقر محسوباً من الربح ورأس المال. وفيه نظر ظاهر؛ لأن راس المال غير شائع في هذا ليكون محسوباً منها.

قوله: (ولو كان رأس المال مائة فخسر عشرة، ثم أخذ المالك

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٤.

(٢) التذكرة ٢ : ٢٤٤.

عمل الساعي فربح فرأس المال ثمانية وثمانون وثمانية أتساع، لأن المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود، فالمال في تقدير تسعين، فإذا بسط الخسران ـ وهو عشرة ـ على تسعين أصاب العشرة المأخوذة ديناراً وتسع، فيوضع ذلك من رأس المال.

عشرة، ثم عمل الساعي فربح فرأس المال ثمانية وثمانون وثمانية أتساع؛ لأن المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود. فالمال في تقدير تسعين ، فإذا بسط الخسران ـ وهوعشرة ـ على تسعين أصاب العشرة الماخوذة ديناراً وتسع، فيوضع ذلك من رأس المال).

لما ذكر أن المالك اذا وطأ كان مسترداً من المال قدر العقر. أراد أن يبيّن ما يترتب على الاسترداد من الأحكام باعتبار حصول الربح أو الخسران.

فأما في صورة الخسران: فاذا كان رأس المال مائة دينار مثلاً فخسر عشرة، وأخذ المالك بعد الخسران عشرة، ثم عمل الساعي فربح فلابد من معرفة قدر رأس المال حينئذ ـ أعني بعد الاسترداد المذكور ـ ليجبر خسرانه من الربح.

وقد ذكر المصنف انه ثمانية وثمانون وثمانية أتساع دينار، الموجود منها ثمانون، والتالف بالخسران ثمانية وثمانية أتساع فيجبر من الربح لامجموع الخسران وهو العشرة التالفة؛ وذلك لأن المأخوذ لاريب انه محسوب من رأس المال، فهو كالموجود في أن له حظاً من الخسران، لأن الخسران من المجموع فالمال الموجود في تقدير تسعين باحتساب العشرة المأخوذة، فاذا بسط الخسران وهو عشرة على تسعين أصاب كل دينار تسع، فنصيب العشرة المأخوذة دينار وتسع، فيوضع ذلك ـ أعني الدينار وتسعاً الذي أصاب العشرة من الخسران ـ مما بقي من أصل رأس المال بعد العشرة وهو تسعون؛ لأنه لما استرد العشرة فكأنما استرد نصيبها من الخسران، لخروجها بالاسترداد عن استحقاق الجبران لما يصيبها حيث بطل القراض فيها.

وإن أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين، لأنه قد أخذ نصف المال فيسقط نصف الخسران، وإن أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع.

وكذا في طرف الربح يحسب المأخوذ من رأس المال والربح، فلو كان المال مائة وربح عشرين فأخذها المالك بقي رأس المال ثلاثة وثمانين

قوله: (وإن أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين؛ لأنه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران، وإن أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع).

أي: وإن أخذ المالك في الصورة السابقة نصف التسعين الباقية بعد خسارة العشرة بقي المال خمسين، منها خمسة وأربعون موجودة ويتبعها نصف الخسران وهو خمسة، فيجبر من الربح، ويتبع النصف المأخوذ نصف الخسران أيضاً فيسقط.

وإن كان ماأخذه خمسين بقي رأس المال أربعة وأربعين وأربعة أتساع دينار، منها أربعون موجودة، ولكل دينار من الخسران تسع وذلك أربعة وأربعة أتساع، فيجبر من الربح وتسقط خمسة وخمسة أتساع، وعلى هذا القياس.

والضابط أن يُنسب المأخوذ الى الباقي، ويأخذ للمأخوذ من الخسران بمثل تلك النسبة، لأن نسبة حقه من الخسران إلى حق الباقين فيه كنسبته إلى الباقي، أو يسقط من أصل رأس المال بمثل تلك النسبة ويبقى الباقي رأس المال.

ففي المثال الأول اذا نُسبت العشرة المأخوذة الى الباقي بعد الخسران ـ وهو تسعون ـ كانت تسعاً، فيصيب العشرة من الخسران تسع الخسران ـ وهو دينار وتسع دينار ـ أو يسقط من المائة تسعها ـ وهو أحد عشر ديناراً وتسعاً ـ فالباقي رأس المال، وعلى هذا.

قوله: (وكذا في طرف الربح يحسب المأخوذ من رأس المال والربح، فلو كان المال مائة وربح عشرين فأخذهاالمالك بقي رأس المال ثلاثة وثمانين

وثلثاً؛ لأن المأخوذ سدس المال، فنقص سدس رأس المال ـ وهو ستة عشر وثلثان ـ وحظها من الربح ثلاثة وثلث، فيستقر ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح وهو درهم وثلثان.

ولو انخفضت السوق وعاد ما في يده الى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه ليتم له المائة بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان.

وثلثاً؛ لأن المأخوذ سدس المال فنقص سدس رأس المال ـ وهو ستة عشر وثلثان ـ وحظها من الربح ثلاثة وثلث، فيستقر ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح وهو درهم وثلثان).

هذا بيان الحكم المترتب على الاسترداد في طرف الربح، وتحقيقه: أنه اذا كان رأس المال مائة فربح عشرين صار المجموع مائة وعشرين، فاذا أخذ المالك عشرين كان ما أخذه محسوباً من المجموع؛ للشيوع، فيبقى رأس المال ثلاثة وثمانين وثلثاً؛ لأن المأخوذ سدس المجموع؛ فيكون سدس كل من رأس المال والربح، وسدس رأس المال ستة عشر وثلثان، وسدس الربح ثلاثة وثلث فيبقى رأس المال ثلاثة وثمانين وثلثا، ويطل العقد في المأخوذ فيستقر ملك العامل على نصف ربح المأخوذ ـ وهو درهم وثلثان ـ لخروجه عن كونه وقاية حينئذٍ ببطلان القراض فيه. وضابطه: أن يُنسب المأخوذ إلى المجموع، ويأخذ بتلك النسبة من رأس المال ومن الربح.

قوله: (ولو انخفضت السوق وعاد مافي يده إلى ثمانين لم يكن للمالك أن ياخذه ليتم له المائة، بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان).

أي: لو انخفضت السوق بعد أخذ عشرين، وصار جميع مافي يد العامل الى ثمانين لم يكن للمالك أخذ الباقي ـ وهو الثمانون ـ لتتم له به وبما أخذ أولاً المائة؛ لأن نصيب العامل من سدس الربح المأخوذ قد استقر ملكه عليه، وقد أخذه المالك فيأخذ بدله.

ولو كان قد أخذ ستين بقي رأس المال خمسين؛ لأنه قد أخذ نصف المال فبقي نصفه، وإن أخذ خمسين بقي رأس المال ثمانية وخمسين وثلثاً؛ لأنه أخذ ربع المال وسدسه فبقي ثلثه وربعه.

فإن أخذ منه ستين ثم خسر فصار معه أربعون فردّها كان له على المالك خمسة؛ لأن الذي أخذ المالك انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر ربحه خسران الباقي لمفارقته إياه وقد أخذ من الربح عشرة؛ لأن سدس ما أخذه ربح.

قوله: (ولو كان قد أخذ ستين بقي رأس المال خمسين؛ لأنه أخذ نصف المال فبقي نصفه، وإن أخذ خمسين بقي رأس المال ثمانية وخمسين وثلثاً؛ لأنه أخذ ربع المال وسدسه فبقي ثلثه وربعه).

أي: لو كان قد أخذ من مجموع مائة وعشرين ستين فالمأخوذ نصف رأس المـال ونصف الربح، فيستقر ملك العامل على نصف ربح المأخوذ ـ وهو خمسة ـ والباقي نصف رأس المال ـ وهو خمسون ـ يتعلق بخسرانه الجبران من الربح.

ولو كان قد أخذ خمسين فهي ربع المجموع وسدسه، فيكون قد أخذ ربع رأس المال وسدسه وهو واحد وأربعون وثلثان، ومن الربح كذلك، فيستقر ملك العامل على نصفه، ويبقى من أصل المال ثمانية وخمسون وثلث هي ثلث المال وربعه فهي رأس المال الآن.

قوله : (فإن أخذ منه ستين، ثم خسر فصار معه أربعون فردّها كان له على المالك خمسة؛ لأن الذي أخذه المالك انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر ربحه خسران الباقي لمفارقته إياه، وقد أخذ من الربح عشرة؛ لأنّ سدس ما أخذه ربح).

أي: فإن كان الـذي أخذه المالك ستين، ثم خسر الباقي عشرين فردّها

ولو رد منها عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين.

ولو دفع الفاً مضاربة، فاشترى متاعاً يساوي الفين، فباعه بهما ثم إشترى به جارية وضاع الثمن قبل دفعه رجع على المالك بألف وخمسمائة، ودفع من ماله خمسمائة على إشكال.

انفسخ القراض، فليس للمالك أن يأخذ الباقي ليتم له مائة ـ وهي رأس المال ـ بل للعامل نصف ربح المأخوذ؛ لأستقرار ملكه عليه باسترداد نصف المال وانفساخ العقد في نصف رأس المال، فاذا خسر النصف الآخر لم يجبر من ربح المأخوذ، وهو ظاهر.

قوله: (ولو ردّ منها عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين).

أي: لو ردّ من الأربعين الباقية بعد الخسران عشرين ـ هي نصفها ـ فقد سقط نصف الخسران وهو خمسة؛ لأن خسران الخمسين عشرة. فيبقى رأس المال خمسة وعشرين باعتبار الخمسة التي يجب جبرانها من الربح، وهي حظ الباقي من الخسران.

قوله: (ولو دفع ألفاً مضاربة فاشترى متاعاً يساوي ألفين، فباعه بهما ثم اشترى به جارية، وضاع الثمن قبل دفعه رجع على المالك بألف وخمسمائة ودفع من ماله خمسمائة على اشكال).

أي: لو دفع المالك ألفاً مثلاً على طريق المضاربة، فاشترى بها متاعاً يساوي ألفين وباعه بهما فقد ربح ألفاً. فاذااشترى جارية مثلاً بألفين في الذمة، لكون المالك قد أذن له أن يشتري لتلك المضاربة في الذمة.

وهذا وإن كان كلام المصنف خالياً منه، إلّا أنّه لايستقيم بدونه؛ لأنّ الشراء إذا كان بعين الألفين انفسخ العقد بتلفهما، ولو كان في الذمة من غير إذن من المالك وقف على إجازته، فلا يلزمه شيء إلّا أن يجيز فلا جرم وجب التقييد بذلك.

وحينئذ لو ضاع مال المضاربة الذي يريد دفعه ثمناً ـ وإنما اشترى على هذا القصد ـ قبل الدفع لم يبطل البيع قطعاً؛ لأنه بيع صدر من أهله في محله ولم يقع للعامل

. . . .

ـ خلافاً للشيخ في الخلاف[1] وقد نبهنا على وجهه سابقاً ـ بل يقع للمالك والعامل معاً.

أما المالك؛ فلأنه لما أذن في الشراء في الذمة للمضاربة كان العامل مأذوناً له في الشراء في الذمة بقدر مال المضاربة، فكل شراء يقع كذلك ولا يكون الثمن زائداً على قدر مال المضاربة يجب أن يقع للمالك.

فإذا تلف المال الذي يراد دفع الثمن منه بغير تفريط تلف من المالك فوجب عليه بدله، ويكون محسوباً من مال المضاربة؛ لأن العقد إنما وقع على هذا الوجه.

وإنّما قلنا إن العقد يصح؛ لأن العامل لم يشترط في العقد أداء الثمن من هذا المال، وإنما قصده فيجب على المالك دفع ألف وخمسمائة، ويدفع العامل خمسمائة من ماله على اشكال ينشأ: من أنه ملك من الألفين خمسمائة ـ نصف الربح ـ بمقتضى الشرط، والشراء إنما وقع للمضاربة على قصد أن يؤدي الثمن من هذا المال، فيكون الشراء لمالك هذا المال وقد ملك ربعه، فيكون ربع المبيع له فيجب عليه ربع الثمن.

ولأن اذن المالك في الشراء للمضاربة مقصور على قدر مال المضاربة المملوك له؛ لامتناع اعتبار اذنه في مال غيره، فلا يقع له من الشراء إلّا مقدار ما تناوله الاذن، والزائد لم يأذن فيه المالك ولم يقصده به العامل فيجب أن يقع للعامل.

ومن أن ملك العامل للربح غير مستقر؛ لأن الاستقرار لايتحقق بمجرد الإنضاض من دون الفسخ أو القسمة، وإنما اشترى للمضاربة فيكون مجموع الثمن لازماً للمالك؛ لأن الشراء وقع باذنه ولاشيء على العامل.

ويُضعّف بأن أصل الملك للعامل حصل بظهور الربح بناءً على المختار، وعدم الاستقرار لاينافي أصل الملك ولايرتفع بالتلف الملك من أصله، وشراؤه للمضاربة إنما يقع للمالك منه بقدر مايملك من مال المضاربة؛ لاستحالة أن يؤثّر اذنه في ملك غيره،

(١) الخلاف ٢ : ١١٥ مسألة ١٥ كتاب القراض.

فإذا باعها بخمسة آلاف أخذ العامل ربعها، وأخذ المالك من الباقي رأس ماله الفين وخمسمائة، وكان الباقي ربحاً بينهما على ما شرطاه.

ولو دفع إليه الفاً مضاربة، ثم دفع اليه الفاً أخرى مضاربة وأذن في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف في الأول جاز، وصار مضاربة واحدة. وإن كان بعد التصرف في الأول بشراء المتاع لم يجز؛ لاستقرار حكم الأول، فربحه وخسرانه مختص به.

والأصح الأول.

قوله: (فإذا باعها بخمسة آلاف أخذ العامل ربعها، وأخذ المالك من الباقي رأس ماله ألفين وخمسمائة، وكان الباقي ربحاً بينهما على ماشرطاه).

هذا حكم المسألة على أحد وجهي الاشكال، وهو المذكور في العبارة، أعني: وجوب دفع خمسمائة من مال العامل.

ووجهه ـ بعد الاحاطة بما سبق ـ ظاهر، فإن المبيع قد استحق العامل ربعه خارجاً عن المضاربة؛ لأنه دفع ثمنه من خاص ماله فيستحق ربع الربح لابسبب المضاربة ـ وقدره سبعمائة وخمسون ـ ويبقى ثلاثة أرباعه يجبر منه التالف جزماً؛ لأنه تلف بعد دورانه في التجارة ـ وهو ألف ـ فيكون رأس المال ألفين وخمسمائة، ويبقى ألف وسبعمائة وخمسون يقسم بينهما على ماشرطاه.

قوله: (ولو دفع إليه ألفاً مضاربة، ثم دفع اليه ألفاً أخرى مضاربة، وأذن في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف في الأول جاز وصار مضاربة واحدة، وإن كان بعد التصرف في الأول بشراء المتاع لم يجز؛ لاستقرار حكم الأول فربحه وخسرانه مختص به).

فإن نض الأول جاز ضم الثاني اليه، وان لم يأذن في الضم فالأقرب أنه ليس له ضمه.

تعليل عدم الجواز في الفرض الثاني ـ أعني: (قوله لاستقرار حكم الأول)، أي: لثبوت حكم كونه قراضاً مستقلاً على وجه الاستقرار بالتصرف الذي هو مقتضاه ـ هو وجه الفرق بين الفرضين.

وليس بتام؛ لانتقاضه بما ذكره بقوله: (فإن نضّ الأول جاز ضم الثاني اليه)؛ لأن مقتضى التعليل أن لايجوز هنا نظراً الى استقرار الحكم الأول بالتصرف، وكذا صنع في التذكرة[1]. وتحقيق المبحث أن هنا أمرين:

أحدهما: جواز الضم مع الاذن قبل التصرف، ووجهه أن كلّاً من العقدين وإن اقتضى اختصاصه بحكمه كالبيعين، إلّا أن القراض لكونه جائزاً يقبل رفع بعض الخصوصيات؛ لأن ذلك منوط بالتراضي، فإذا تراضيا على العقدين من حيث أنهما عقدان، ثم تراضيا على رفع تلك الخصوصية كان لهما ذلك؛ لأن لهما رفع العقد كله فالخصوصية أولى.

الثاني: الفرق بين ماإذا كان الاذن في الضم قبل التصرف أو بعده، وتحقيقه أن شرط رفع الخصوصية للعقدين كون المال بحيث يصلح لإنشاء عقد القراض عليه، فإذا كان عروضاً كان مانع الصحة موجوداً، فلايعتد بالاذن الصادر حينئذ في تصيير العقدين عقداً واحداً؛ لوجود المانع، ومن ثم لو نضّ فأذن جاز. وهل يُعتد بالاذن السابق على الانضاض؟ يلوح من العبارة الاعتداد به وهو مشكل، كما لو عقد قبل صيرورة المال نقداً فإنه لابد من إعادة العقد بعد ذلك. وفي التذكرة قال: ولو كان المال الأول قد نضّ، وقال له المالك: ضم الثانية إليه جاز وكان قراضاً واحداً[1]، ولم يتعرض الى ماسوى ذلك نفياً ولا اثباتاً.

قوله: (وإن لم يأذن في الضم فالأقرب انه ليس له ضمه).

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٩.

ولو خسر العامل فدفع الباقي ناضاً ثم أعاده المالك اليه بعقد مستأنف لم يجبر ربح الثاني خسران الأول، لاختلاف العقدين.

وهل يقوم الحساب مقام القبض ؟ الأقرب أنه ليس كذلك.

وجه القرب أن ذلك تصرف غير مأذون فيه؛ لأن كلاًّ من المالين تعلّق به عقد بخصوصه، فاقتضيا أن يكون كل منهما قراضاً مستقلاً، وربما تعلّق غرض المالك بعدم خلط أحد المالين بالآخر فلا يجوز الخلط.

ويحتمل ضعيفاً الجواز؛ لاتحاد المالك، وجوّزه بعض العامة مع عدم التصرف في الاول[1]، وليس بشيء، بل الأصح المنع فيضمن بالخلط.

واعلم أنه ليس المراد بالضم هنا اشتراكهما في الحكم، بحيث يجبر ربح أحدهما خسران الآخر، لأن المالك لو فسخ المضاربة في ذي الربح لم يكن للعامل جبر خسران الآخر بربحه ليستحق الحصة من الربح المتجدد خصوصاً مع اختلاف الحصة فيهما. ولا للمالك ذلك؛ لأن فيه حرمان العامل من هذا الربح قطعاً فلا يكون المقصود من جواز الضم وعدمه إلّا الضمان وعدمه خاصة.

قوله: (ولو خسر العامل فدفع الباقي ناضاً، ثم أعاده المالك اليه بعقد مستأنف لم يجبر ربح الثاني خسران الأول؛ لاختلاف العقدين).

لأن الثاني وقع بعد فسخ الأول؛ لأن الفرض إن دفعه إياه ناضاً كان على قصد فسخ القراض، وهذا القدر كافٍ في الفسخ، فإذا عقد ثانياً استؤنف الحكم.

قوله: (وهل يقوم الحساب مقام القبض؟ الأقرب انه ليس كذلك).

وجه القرب: استصحاب حكم العقد إلى أن يحصل الرافع له، والحساب لادلالة له على رفعه بشيء من الدلالات. ويحتمل ضعيفاً مساواته القبض في ذلك؛ لإفادة تعيين حق كل من العامل والمالك.

---

(١) قاله اسحاق، انظر : المغني لابن قدامة ٥ : ١٧٥، الشرح الكبير المطبوع مع المغني لابن قدامة ٥ : ١٦٨.

وليس للعامل بعد ظهور الربح أخذ شيء منه بغير إذن المالك، فإن نض قدر الربح واقتسماه وبقي رأس المال فخسر رد العامل أقل الأمرين

والتحقيق: أن الحساب بمجرده لايفيد الفسخ مالم ينضم اليه ما يقتضيه، إلاّ ان هذا لايكاد يفرق فيه بينه وبين غيره، فإن القسمة لاتقتضي الفسخ بمجردها من دون إرادة ذلك؛ لما سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى أن قسمة الربح لاتخرجه عن كونه وقاية.

ولا يعقل من القسمة هنا إلاّ تمييز الربح عن رأس المال، وكذلك استرجاع المال. قال المصنف في التذكرة عطفاً على مابه يحصل الفسخ-: وباسترجاع المال من العامل لقصد رفع القراض[1].

هذا كلامه، وهو صريح، ذلك ولأن من المعلوم أن العامل لو جعل المال في يد المالك لم يقبض على الفسخ؛ لإمكان كونه لغرض الحفظ الى أن يقضي عرضا ونحوه، فحينئذ لامحصل لقول المصنف: (الأقرب أنه ليس كذلك)؛ لأنه إن أراد به مع الضميمة فباطل، أو بدونها فلا يتطرق إليه الاحتمال؛ لأن الاسترجاع والقسمة اذا لم يقتضيا الفسخ بمجردهما فالحساب أولى.

قوله: (وليس للعامل بعد ظهور الربح أخذ شيء منه بغير اذن المالك).

لأن الربح وقاية لرأس المال عن الخسران مادامت المعاملة باقية ففيه حق للمالك، وربما حدث الخسران بعد أخذ العامل فاحتيج الى التقاص.

وينبغي أن يكون الحكم في المالك أيضا كذلك؛ لأن للعامل حقاً في الربح ولايتميز إلاّ بالقسمة، ولتعلق حقه برأس المال مادام حكم العقد باقياً والربح وقاية له.

قوله: (فإن نضّ قدر الربح واقتسماه، وبقي رأس المال فخسر رد

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٧.

واحتسب المالك،

العامل أقل الأمرين واحتسب المالك).

لاريب أن الربح لايستقر ملك أحدهما عليه مادامت المعاملة باقية ولو نضّ قدره أو مجموع المال فاقتسما الربح مع بقاء المعاملة.

وإنما لم يذكر المصنف الفرض الثاني؛ لاحتياجه إلى هذاالقيد، بخلاف الأول؛ لأن الأقرب عنده بقاء حكم المعاملة لوجوب الانضاض على العامل كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وحينئذ فلا عبرة بالقسمة المذكورة.

فلو خسر رأس المال جبر خسرانه من الربح المأخوذ، فيرد العامل أقل الأمرين من المأخوذ والخسران؛ لأنه إنما يجبر الخسران بما أخذه فقط، واحتسب المالك بأقل الأمرين أيضاً، بمعنى انه يحتسب رجوع ذلك الأقل اليه من رأس المال، فيكون رأس المال ما أخذه العامل ومابقي.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن هذا هو تحقيق المقام، وهو الظاهر من عبارة المصنف في التذكرة حيث قال في هذه المسألة: لو حصل خسران بعده كان على العامل جبره بما أخذ[1]، فإن المتبادر من قوله بما أخذ: مجموعه.

وفي بعض حواشي شيخنا الشهيد أنّ المردود هو ما أخذه العامل من رأس المال لامن الربح المستقر، كما إذا أخذ عشرين من مائة وعشرين قدر الربح هو المأخوذ، فان المأخوذ في تقدير سدس المال والربح معها، فيستقر ملك العامل على نصف حصتها من الربح ويرد الباقي، ويحتسب المالك بمثل ذلك.

قال: ولا يجوز أن يجعل المردود من العامل على تقدير خسران عشرين عشرة كما يفهمه كثير؛ لأنه يناقض ماسلف. وما قرره ليس بجيد؛ لأن المأخوذ للمالك والعامل إنما أراد به الربح، وحيث كان المال منحصراً فيهما كان التمييز والقسمة منوطاً

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٣.

وإن امتنع أحدهما من القسمة لم يجبر الآخر عليها.

برضاهما. ولأنه لولا ذلك لم يجز للعامل التصرف فيا أخذه بوجه، لأشتاله على بعض المال على رأيه ولم يأذن المالك في التصرف فيه إنما أذن في التصرف في الحصة من الربح.

وهو معلوم البطلان؛ لأن الإذن اذا وقع على تقدير منوط بتراضيهما لم يكن لعدم تاثيره وجه، وماذكره من مناقضة هذا لما سبق غير واضح؛ لأن المأخوذ فيما سبق لم يكن على وجه القسمة، وإنما أخذه المالك خاصة فكان سابقاً لامحالة بخلاف ما هنا.

قيل: إن العبارة لاتدل على أن المأخوذ هو الربح؛ لأن الذي فيها هو إنما نضّ قدر الربح، وليس فيها للربح ذكر.

قلنا: لاريب أن القسمة تميز الحقوق، ولاحق للعامل في غير الربح، ولأن المأخوذ لو كان من المجموع لم تكن هناك قسمة أصلاً؛ لاشتمال ما أخذه كل منهما على الربح ورأس المال.

قال في التذكرة: ـ لو باع المالك ماشتراه العامل، فإن قصد بذلك إعانة العامل لم يرتفع، وإن قصد رفع حكم العامل فيه ارتفع[١].

قوله: (وإن امتنع أحدهما من القسمة لم يجبر الآخر عليها).

في بعض النسخ: (لم يجبر عليها) وكلاهما صحيح، والمعنى: انه اذا أراد أحدهما قسمة الربح مع بقاء المعاملة فامتنع الآخر لم يجبر الممتنع، أما اذا كان المريد للقسمة العامل فظاهر؛ لأن الربح وقاية لرأس المال، فلو اقتسما لأضر بالمالك لأحتمال تجدد الخسران، فله أن يقول: لاأدفع اليك شيئاً من الربح حتى تسلم لي رأس المال.

وإما اذا كان المريد للقسمة المالك فلأن العامل لايأمن من أن يطرأ الخسران، وقد أخرج ماوصل اليه، فيحتاج الى غرم ما حصل له بالقسمة، وذلك ضرر،

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٧.

ولا يصح أن يشتري المالك من العامل شيئاً من مال القراض، ولا أن يأخذ منه بالشفعة ولا من عبده القن، ويجوز من المكاتب والشريك، فيصح في نصيب شريكه.

بل توجه المطالبة اليه بمجردها ضرر.

قوله: (ولايصح أن يشتري المالك من العامل شيئاً من مال القراض).

لأنه ماله فلا يعقل شراؤه، ولو ظهر ربح لم يبعد شراء حق العامل وإن كان متزلزلاً، فإن المانع إنما هو حق المالك، فلو تجدد خسران أمكن القول بالبطلان، ولم أجد تصريحاً بذلك فينبغي التوقف.

قوله: (ولا أن يأخذ منه بالشفعة).

وذلك حيث يكون شريكاً بالشقص المشترى للقراض؛ لأنه ملكه فكيف يأخذ من نفسه؟ ولو ظهر ربح حال الشراء، فقد سبق أن أثر الشفعة يظهر في منع العامل من الحصة من العين.

قوله: (ولا من عبده القن، ويجوز من المكاتب والشريك فيصح في نصيب شريكه).

أي: ولا يصح أن يشتري الانسان من عبده القن، سواء كان مأذوناً له في التجارة أم لا، وسواء كان عليه دين أم لا. وحكى الشيخ في المبسوط قولاً: انه اذا ركبت العبد الديون جاز للسيد الشراء منه[1]، وحكاه في التذكرة[2] عن بعض الشافعية[3]؛ لأنه لا حق للسيد فيه وإنما هو حق للغرماء.

---

(١) المبسوط ٣ : ١٩٦.

(٢) التذكرة ٢ : ٢٣٧.

(٣) المغني لابن قدامة ٥ : ١٧٢، الشرح الكبير المطبوع مع المغني ٥ : ١٦١.

وللعامل أن يشتري من مال المضاربة، وإن ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه.

وفساده ظاهر، فإن استحقاق الغرماء إياه لا يقتضي خروجه عن ملك السيد، فيأخذه السيد بقيمته، كما يدفع قيمة العبد الجاني، ولا يعد بيعاً، بخلاف المكاتب فإن سلطنة السيد قد انقطعت عنه، وحكم بأن ما في يده له. ولهذا لو انعتق لم يكن للسيد مما في يده شيء، فيجوز الشراء منه والأخذ بالشفعة.

ولا يخفى أن حكم العبد والمكاتب ليس من أحكام القراض في شيء، وإنما وقع استطراداً. وكما يجوز الشراء من المكاتب يجوز من العامل الشريك، لكن في نصيبه لا في نصيب المالك؛ لما عرفت من امتناع شراء الانسان مال نفسه.

وكذا يأخذ من العامل بالشفعة لو اشترى لنفسه شقصاً بشركة المالك ولو كان الذي للمالك من مال القراض، ولا تتناول العبارة هذا الفرض إلّا بتكلف بعيد.

واعلم أن الضمير في قوله: (شريكه) يعود الى المالك، والمراد في نصيب الشريك المذكور. وإنما لم يقل: في نصيبه؛ خوفاً من توهم عود هذا الضمير إلى المالك؛ لأنه المسوق له الكلام، وهو غلط.

قوله: (وللعامل أن يشتري من مال المضاربة، وإن ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه).

المراد: انه اذا كان الربح ظاهراً في وقت الشراء بناء على انه يملك بالظهور؛ لامتناع شراء ملك نفسه وإن كان متزلزلاً.

أما اذا لم يكن ثم ربح فإن المال لغيره فيجوز شراؤه قطعاً، ومايتجدد من الربح فهو له. ولايخفى ان شراءه من المالك او من نفسه بالاذن جائز، وبدونه ينبغي ان يجعل في ذلك كالوكيل وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى.

الفصل الثالث: في التفاسخ والتنازع:

القراض عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخه، سواء نض المال أو كان به عروض، وينفسخ بموت أحدهما وجنونه.

وإذا فسخ القراض والمال ناض لا ربح فيه أخذه المالك ولا شيء للعامل،

قوله: (وتنفسخ بموت احدهما وجنونه).

وكذا إغماؤه، والحجر عليه للسفه، أو على المالك خاصة للفلس؛ لأن الحجر على العامل للفلس لا يخرجه عن أهلية التصرف في مال غيره بالنيابة وإنما حكم بالانفساخ في هذه المواضع؛ لأن القراض عقد جائز من الطرفين يتضمن معنى التوكيل، فيبطل بخروج المالك عن أهلية الاستنابة، والعامل عن أهلية النيابة.

قوله: (واذا فسخ إلقراض والمال ناض ولا ربح فيه أخذه المالك ولا شيء للعامل).

بطلان القراض قد يكون بفسخ المالك، أو العامل، أو بفسخهما، أو بعروض ما يقتضي الانفساخ. وعلى كل واحد من هذه التقديرات أما أن يكون المال ناضاً ولا ربح فيه، أو فيه ربح، أ و عروضاً فيه ربح ولو بالقوة؛ لوجود من يشتري بزيادة أو عن القيمة، أولا. فهذه أقسام المسألة، وستأتي أحكامها إن شاء الله تعالى.

فإن كان المال ناضـاً ولا ربح فيه أخذه المالك ولاشيء للعامل؛ لأن حقه إنما هوالحصة من الربح على تقدير حصوله. لكن هذا إنّما هو إذا لم يكن الفسخ من المالك؛ لأنّه حينئذ لاتفويت من المالك لعوض عمل العامل، ولم يلتزم له بغير إعطاء

وإن كان فيه ربح قسم على الشرط ، وإن انفسخ وبالمال عروض : فإن ظهر فيه ربح وطلب العامل بيعه، أو وجد زبونا يحصل له ربح ببيعه عليه أُجبر المالك على إجابته على اشكال،

الحصة من الربح، وقد فاتت لامن قبله فلا شيء له. أمّا اذا كان الفسخ من المالك فسيأتي حكمه إنْ شاء الله تعالى.

قوله: (وإن كان فيه ربح قسّم على الشرط).

لوجوب الوفاء بالعقد.

قولـه: (وإن انفسـخ وبالمال عروض، فإنْ ظهر فيه ربح وطلب العامل بيعه، أو وجد زبوناً يحصل له ربح ببيعه عليه أجبر المالك على اجابته على اشكال).

أي: إذا انفسـخ بنفسـه لطروء جنـون ونحوه، أو فسخه أحدهما وبالمال عروض، سواء كان كله أو بعضه، فإن ظهر فيه ربح وطلب العامل بيعه ففي وجوب الإجابة على المالك اشكال، ولو لم يكن فيه ربح لكن وجد العامل زبوناً يحصل له ربح ببيعه عليه ففي وجوب الإجابة اشكال أيضاً.

ومنشـأ الأشكال الأول: من أن وصول العامل الى حقه متصور من دون البيع، بأن يقتسما العروض فلا يكلف المالك الإجابة بالبيع بعد الفسخ، ولأنّ العامل لايزيد على حال الشريك، ومعلوم أنه لايكلّف البيع لأجله، ومن وجوب تمكين العامل من الوصول الى عوض عمله الواقع بالإذن.

وربّما لم يوجد راغب في شراء بعض العروض، أو لم يبع إلّا بنقصان، أو رجا وجود زبون يشتري بأزيد من القيمة. ولاريب أن للعامل مزية على الشريك؛ لأنه يستحق التمكين من الوصول الى عوض عمله.

هذا على القـول بأنه يملك بالظهور، ولو قلنا بأنه إنما يملك بالانضاض

وإن لم يظهر ربح ولا زبون لم يجبر المالك.

فمنشأ الإشكال: من أنه لاحق له الآن في العين، فلا يستحق التسلط على بيعها ومن أنه قد ملك ان يملك؛ لأن الفرض ظهور الربح فله المطالبة بما يتوقف عليه حق المالك لصدور عمله بالاذن.

ومنشأ الإشكال الثاني: من صدور عمله بالإذن في مقابل عوض، وقد أمكن الوصول الى العوض بالبيع فيجب التمكين منه. ولأن ذلك يعد ربحاً؛ لأن الربح هو الزيادة الحاصلة بالتصرف، وقد يكون حصولها بسبب خصوص العين؛ لوجود راغب فيها بزيادة عن قيمتها، فيجب أن يستحق فيها الحصة لوجودها بالقوة القريبة وإن تمكن من البيع الذي يتوقف حصولها بالفعل عليه.

ومن أن هذه الزيادة لاتعد ربحاً، وإنما هو رزق يساق الى مالك العروض، ولو عُدّ ربحاً لم يستحقه؛ لأنه إنما يستحق الربح الى حين الفسخ، لا مايتجدد بعده، وفيه نظر؛ لأن الربح مطلق الزيادة، وهذا الربح موجود بالقوة القريبة فلا يكون كغيره.

والذي ينساق إليه النظر وجوب التمكين من البيع، مع توقف حصول الفائدة للعامل عليه أما لحصول الزيادة بسببه، أو لأنه لايوجد راغب في شراء حصة العامل منه على تقدير ظهور الربح، كما لو كان العروض سيفاً ونحوه.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن موضع الإشكال ماذا طلب العامل البيع في الحال، أما اذا طلب تأخيره الى موسم رواج المتاع فليس له ذلك قطعاً؛ للضرر الحاصل على المالك.

واعلم أنّ الزّبون ـ بفتح أوله ـ هو الراغب في الشراء، وكأنّه مولد وليس من كلام العرب.

قوله: (وإن لم يظهر ربح ولازَبون لم يجبر المالك).

ولو طلب المالك بيعه: فان لم يكن ربح، أو كان واسقط العامل حقه منه فالأقرب إجباره على البيع ليرد المال كما أخذه، وكذا يجبر مع الربح.

لأنّه لا حق للعامل حينئذ أصلاً.

قولـه: (ولو طلب المالك بيعه، فإن لم يكن ربح، أو كان وأسقط العامل حقه منه فالأقرب اجباره على البيع ليرد المال كما أخذه).

البحث هنا في مسألتين:

الأولى: اذا لم يكن ربح، ووجه القرب فيه مانبّه عليه المصنف، وهو وجوب رد المال كما أخذه؛ لظاهر قوله عليه السلام: ((على اليد ما أخذت حتى تؤدي))[1]، ولأنه هو الذي أحدث التغيير في رأس المال فيجب رده الى ما كان.

وفيه نظر؛ لأنّ الحديث إن دل فإنّما يدل على رد المأخوذ، أما رده على ما كان عليه فلا دلالة له عليه. والتغيير إنما حدث بإذن المالك وأمره، والأصل براءة الذمة من وجوب العمل بعد ارتفاع العقد. وقد يقال: العقد اقتضى الاذن في التقليب في التجارة بالشراء والبيع ليحصل الربح، فإذا اشترى كان عليه أن يبيع، لأن الاذن إنما وقع على هذا الوجه، وهو محل تأمل.

الثانية: أن يكون ربح ويسقط العامل حقه منه، فإن الأقرب عند المصنف اجباره على البيع أيضاً، ووجه القرب يستفاد مما سبق، ويرد عليه ما ورد هناك، لكن بقي شيء وهو: أن مقتضى العبارة سقوط حق العامل من الربح بالاسقاط، وهو واضح على القول بأنه إنما يملك بالانضاض أو القسمة؛ لأنه حينئذ لم يملك وإنما ملك أن يملك وكان له الاسقاط كالشفيع والغانم.

---

(١) سنن ابن ماجة ٢ : ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، سنن البيهقي ٦ : ٩٥، مسند احمد ٥ : ٨، مستدرك الحاكم ٢ : ٤٧، سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤.

. . . .

وأما على القول بأنّه يملك بالظهور فغير واضح؛ لأنّ الملك الحقيقي لايزول بالاعراض ولايسقط بالاسقاط، بل إنما يزول بالسبب الناقل. ولا فرق في ذلك بين كون الملك مستقراً أو متزلزلاً، وهو الذي يستفاد من كلام المصنف في التذكرة[1].

وقد زعم الشارح الفاضل أنّه بناء على القول بالملك بالظهور يحتمل السقوط بالاعراض[2]، وليس بشيء، وإنما أوقعه في هذا الوهم ما يتبادر من العبارة.

ويمكن تنزيلها على ما لا منافاة بينه وبين مختار المصنف سابقاً من ملك العامل الحصة بالظهور بالحمل على إرادة المسقط الشرعي في الجملة، فعلى القول بالملك بالظهور يراد بالمسقط البيع والتمليك ونحوهما، وعلى غيره يكفي الاعراض، فلا منافاة في العبارة أصلاً.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المصنف قد جزم بوجوب البيع على العامل مع الربح اذا طلبه المالك واجباره عليه حيث قال: (وكذايجبر مع الربح)، وبه صرح في التذكرة[3]، وفي الفرق بينه وبين عدم الربح صعوبة.

ويمكن أن يقال: الفرق انه إنما استحق الربح في مقابل العمل المأذون فيه وهو الشراء والبيع فيجب عليه القيام به، ولأن في الانضاض مشقة ومؤنة، فلا يناسبه أخذ العامل الحصة وجعل تلك المشقة على المالك، والمسألة موضع تأمل فيتوقف الى أن يظهر الوجه، وأطلق صاحب الشرائع القول بعدم وجوب الانضاض لو طلبه المالك[4]، وكذا المصنف في التحرير[5].

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٣.

(٢) ايضاح الفوائد ٢ : ٣٢٧.

(٣) التذكرة ٢ : ٢٤٦.

(٤) الشرائع ٢ : ١٤٣.

(٥) التحرير ١ : ٢٧٨.

ولو نض قدر رأس المال فرده العامل لم يجبر على إنضاض الباقي، وكان مشتركاً بينهما. ولو رد ذهباً ورأس المال فضة وجب الرد الى الجنس.

وإذا فسخ المالك القراض ففي إستحقاق العامل أُجرة المثل الى ذلك الوقت نظر،

قوله: (ولو نضّ قدر رأس المال فرده العامل لم يجبر على انضاض الباقي وكان مشتركاً بينهما).

وذلك لأنّ المأخوذ هو رأس المال، فهو الذي يجب ردّه كما أخذه دون الباقي فيقسمانه عروضاً.

قوله: (ولو ردّ ذهباً ورأس المال فضة وجب الرد الى الجنس).

إذا طلب المالك بناءً على وجوب البيع على العامل لو طلبه المالك، ومثله مالو كان الحاصل دراهم مكسرة ورأس المال صحاحاً، أو كان الحاصل نقداً مخالفاً لنقد رأس المال، والكلام هنا كالكلام فيما سبق.

قوله: (وإذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل أُجرة المثل الى ذلك الوقت نظر).

ينشأ: من أنّه عمل محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرع، بل في مقابل الحصة، وقد تعذّر الوصول اليها بفسخ المالك قبل ظهور الربح، فيستحق أُجرة المثل الى حين الفسخ؛ لعدم العلم بالمقدر.

ومن أنّه رضي بالعمل في مقابل الحصة على تقدير وجودها، ولو لم توجد فلا شيء له. والمالك مسلّط على الفسخ في كل زمان فلايستحق شيئاً.

ويضعف بأن المالك أذن له في العمل في مقابل الحصة من الربح على تقدير حصوله، وذلك يقتضي عدم العزل قبله. فاذا خالف فعزل قبله فقد فوّت عليه الحصة، فتجب عليه أُجرة مثل عمله، كما سبق في المجعول له اذا عزل بعد الشروع في العمل.

وإذا انفسخ والمال دين وجب على العامل تقاضيه وإن لم يظهر ربح.

وينبغي أن يكون محل هذا ما إذا وقع العزل بعد الشروع في العمل قبل الشراء، أو بعده وقبل ظهور الربح. فلو اشترى وباع ونضّ المال ولم يربح شيئاً، فإن إيجاب شيء الآن بعيد اذا لم يفوّت المالك بالعزل شيئاً حينئذ.

وهل يفرّق ماإذا كانت المضاربة مؤجلة بأجل فعزله قبل الأجل حتى تجب أجرة المثل هنا حيث لاربح على كل تقدير، أم لا؟ يحتمل الفرق؛ لأنّه ربما كان الربح مطموعاً فيه في آخر المدة، فاذا عزله المالك قبل الأجل فقد فوّت عليه ما عمل لرجاء حصوله فائدة؟ وهل يتوقف عزل المالك العامل على علمه بالعزل أم لا؟ لم أجد الآن فيه تصريحاً، وينبغي أن يكون الكلام فيه كالكلام في الوكيل.

قوله: (وإذا انفسخ والمال دين وجب على العامل تقاضيه وإن لم يظهر ربح).

ذكر ذلك الشيخ[١] والجماعة[٢]، وظاهرهم عدم تطرق الاحتمال اليه. ووجّهه في التذكرة بأن المضاربة تقتضي رد رأس المال على صفته، والدين لايجري مجرى المال فوجب عليه أن ينضه اذا أمكنه، كما لو كانت عروضاً فإنه يجب عليه بيعها[٣].

والأصل فيه أن الدين ملك ناقص، والذي أخذه كان ملكاً تاماً فليرده كما أخذ، ويرد عليه منع كون مقتضى المضاربة ماذكره، وأن الفرض أن الادانة باذن المالك، والأصل براءة الذمة من وجوب التقاضي.

وفي الحواشي المنسوبة الى شيخنا الشهيد انه يحتمل العدم. والحق أن وجوب

---

(١) المبسوط ٣ : ١٧٩.

(٢) منهم يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع: ٣١٥، وابن حمزة في الوسيلة ٢٦٤.

(٣) التذكرة ٢ : ٢٤٦.

ولو مات المالك فلورثته مطالبة العامل بالتنضيض، وتجديد عقد القراض إن كان المال ناضاً نقداً، وإلّا فلا.

ولو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد إن كان المال نقداً،

التقاضي هنا أظهر من وجوب البيع فيما سبق، إذ لا يصدق الأداء من دونه، و«على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[1].

فإن قيل: كيف يجب الاداء مع الإذن في الإدانة؟

قلنا: لاريب أن المالك لم يرض في الادانة إلّا على تقدير الاستيفاء، فيكون لازماً بمقتضى ذلك وبمقتضى الخبر، وبه يظهر قوة وجوب البيع لو طلبه المالك حيث يكون المال عروضاً.

إذا عرفت ذلك فأعلم أنّ البيع نسيئة قد سبق عدم جوازه بدون الإذن، فلا يتصور كون المال ديناً إلّا بإذن المالك.

قوله: (ولو مات المالك فلورثته مطالبة العامل بالتنضيض).

الحكم هنا كالحكم فيما إذا حصل الفسخ في حال الحياة، ويجب على الوارث إجابة العامل الى البيع حيث يجب على المالك ذلك، وبه صرّح المصنف في التذكرة وإنْ كان آخر كلامه يشعر بتردد .

قوله: (وتجديد عقد القراض إنْ كان المال ناضاً، وإلّا فلا).

لأنّ إنشاء عقد القراض إنّما يصحّ إذا كان المال دراهم أو دنانير كما سبق.

وأعلم أنّه يوجد في كثير من النسخ: (إنْ كان المال ناضاً نقداً)، واحترز بالناض عن الدين وبالنقد عن العروض. وإنّما لم يكتفِ بالنقد؛ لأن الدَّيْن قد يصدق عليه النقد لأنّه ليس بعروض.

قوله: (ولو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد إن كان

---

(١) سنن البيهقي ٦ : ٩٥، مسند احمد بن حنبل ٥ : ٨، سنن ابن ماجة ٢ : ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، مستدرك الحاكم ٢ : ٤٧، سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤.

وإلّا فلا، وهل ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير؟ إشكال.

وإذا مات المالك قدمت حصة العامل على غرمائه.

المال نقداً، وإلّا فلا).

المراد من تقريرة: إنشاؤه، وأطلق عليه اسم التقرير توسعاً، فإنْ العقد الأول قد بطل بموت العامل؛ لأنّه ينفسخ بموت كل من العامل والمالك، ومن ثم اشترط أن يكون المال ناضاً، وكذا غيره من شروط إنشاء القراض.

قوله: (وهل ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير؟ إشكال).

المراد: إيقاع العقد بلفظ التقرير على قصد الانشاء، وصورته أن يقول: تركتك، أو أقررتك على ما كنت عليه، ونحو ذلك.

ومنشأ الاشكال: من أنّ التقرير معناه: إستدامة العقد السابق، وهذا المعنى منتفٍ هنا لبطلان السابق بالموت، واستعماله في إنشاء عقد خروج عن موضوعه، والعقود لاتنعقد بالكنايات.

ومن أنّ القراض ينعقد بكل لفظ يدل على المعنى المراد كما تقدم؛ لأنّه من العقود الجائزة، ويتسامح في الجائزة بما لايتسامح به في اللازمة، وفيه قوة.

فإنْ قيل: استحقاق العامل الحصة من الربح موقوف على الصيغة الشرعية.

قلنا: لمّا اطبقوا على أنّ العقود الجائزة لايتعين لها لفظ كان ذلك صيغة شرعية، ولولا ذلك لم تنعقد الوكالة مثلاً بكل لفظ دل على الاستنابة في التصرف، مع أنّها تنجر الى لزوم التصرف كبيع الوكيل ونحوه.

قوله: (واذا مات المالك قدمت حصة العامل على غرمائه).

الظاهر أنّه لاخلاف في هذا الحكم، ووجهه بيّن على القول بأنّه يملك الحصة بالظهور، وأمّا على الأقوال الأُخَر فلأنّه قد ملك أن يملك فتعلق حقه بالعين كحق الجناية والرهن.

ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتاً في ذمته، وصاحبه أُسوة الغرماء على إشكال،

قوله: (ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتاً في ذمته، وصاحبه أُسوة للغرماء على إشكال).

يحتمل أن يكون الإشكال في أصل الضمان، وهو الذي فهمه الشارحان[1]، ومنشؤه حينئذٍ من أنّ الأصل بقاء المال الى أنْ يعلم تلفه بغير تفريط، والفرض أنّه لم يعلم، ولعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[2].

لكن إنْ تم هذا الوجه وجب أن يقدّم صاحب مال المضاربة على الغرماء؛ لأنّه ليس بدَين يكون محله الذمة، وإنّما الذي يقتضيه سوق هذا الدليل بعد تمامه أن يكون في جملة ماله ولم يعلم عينه، فيكون مالكه كالشريك.

ومن أنّـه أمانة، والأصل عدم التفريط فلايكون مضموناً، والأصل براءة الذمة أيضاً، ولم يوجد بعينه ولم يعلم كونه في جملة التركة، والأصل عدمه. وأصالة بقائه لاتقتضي كونه من جملتها، فلا يستحق صاحبه شيئاً من التركة.

ويحتمل أن يكون الإشكال في كون صاحبه أُسوة الغرماء، أو يقدّم بقدر المال، وهو المتبادر الى الفهم من عبارة الكتاب، ومنشؤه من أصالة بقائه، فإذا لم يعلم عينه كان صاحبه كالشريك.

ومن أنّ العامل يصير ضامناً بترك الوصية، فإذا لم توجد العين كان ذلك بمنزلة التلف، إذ لا أقل من أن يكون الضمان للحيلولة فيصير صاحبه من جملة الغرماء.

---

(١) ايضاح الفوائد ٢ : ٣٢٩.

(٢) سنن البيهقي ٦ : ٩٥، مسند احمد ٥ : ٨، سنن ابن ماجة ٢ : ٨٠٢، مستدرك الحاكم ٢ : ٤٧، سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤.

. . . .

وقد روى السكوني عن الصادق عليه السلام، عن الباقر عليه السلام، عن آبائه، عن علي عليهم السلام: أنّه كان يقول: «من يموت وعنده مال مضاربة قال: إنْ سمّاه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، وإنْ مات ولم يذكره فهو أُسوة الغرماء»[1].

والتحقيق: أنّه إنْ علم بقاء المال في جملة التركة، ولم يعلم عينه بخصوصها فصاحبه كالشريك كما سيأتي في كلام المصنف. وإنْ علم تلفه بتفريط، أو نقله الى مكان آخر بغير إذن المالك حيث يتوقف على الإذن، أو علم بقاءه الى زمان الموت ولم يعلم الحال بعد ذلك، وقصر العامل بترك الوصية فصاحبه أُسوة الغرماء؛ لثبوت العوض حينئذٍ في ذمة العامل، وعليه تنزّل الرواية.

وإنْ لم يعلم كون المال من جملة التركة، ولاوُجد بسبب يقتضي الضمان فلا شيء للمالك، لأنّ الأصل براءة الذمة، واستحقاقه لشيء من التركة موقوف على وجود سببه، ومجرد حصول المضاربة في الجملة لايصلح للسببية؛ لأنّ ذلك أمّا باعتبار ثبوته في الذمة ـ وهو فرع التقصير والأصل عدمه ـ أو كونه من جملة أعيان التركة والأصل عدمه أيضاً.

وهنا أمران:

الأول: يكفي في العلم ببقاء مال المضاربة اعتراف العامل به وشهادة عدلين، ولايبعد الاستناد في ذلك الى وجود القرائن القوية؛ لأنّها المرجع في الحقيقة بالنسبة الى الأمرين الأولين، لأنّ اعتراف العامل قبل الموت لاينفي احتمال تجدد التلف، وشهادة العدلين المستندة الى العلم المتقدم لايندفع بها الاحتمال البعيد.

الثاني: إذا علم كون المضاربة في جملة الأموال التي بيده وتجدد البيع والشراء

---

(١) الفقيه ٣ : ١٤٤ حديث ٦٣٦، التهذيب ٧ : ١٩٢ حديث ٨٥١.

وإن عرف قدم وإن جهلت عينه.

وإذا تلف المال قبل الشراء إنفسخت المضاربة، فان إشترى بعد ذلك للمضاربة فالثمن عليه وهو لازم له، سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهله.

بالجميع، ثم طرأ الموت ولم يعلم كيفية الحال لكن وجد ما اشتراه، ففي الحكم هنا تردد ينشأ: من وجود المقتضي للاستحقاق؛ لأنّ مال المضاربة قد كان من جملة هذه الأموال والأصل بقاء ذلك.

ومن إمكان عروض التلف لمال المضاربة بغير تفريط. ويضعّف هذا بأن الامكان المذكور منفي بأصالة البقاء، وأصالة بقاء الاستحقاق في جملة تلك الأموال الى أن يعلم المسقط. ولأنّ يد العامل على تلك الأموال لم تكن يد ملك لمجموعها، والأصل بقاء ذلك.

ولو وجد شيء من القرائن القوية المفيدة للتلف أو البقاء لم يكن الرجوع اليها بذلك البعيد؛ لأنّها لا تقصر عن الظاهر فيتأيد دليل أحد الجانبين بها.

قوله: (وإن عرف قدّم وإن جهلت عينه).

لأنّه كالشريك.

قوله: (وإذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة، فإن اشترى بعد ذلك للمضاربة فالثمن عليه وهو لازم له، سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهله).

أي: إذا تلف جميع المـال، ولاريب أنّ تلفه قبل الشراء موجب لانفساخ المضاربة؛ لانتفاء متعلقها وإنّما قيّد بقوله: (قبل الشراء) لأن تلفه إذا كان بعد الشراء، وكان قد أذن له في الشراء بالذمة فاشترى بها للمضاربة غير مقتض للبطلان، بل يجب على المالك الثمن كما سبق وسيأتي في كلام المصنف عن قريب إن شاء الله تعالى.

ولو أجاز رب المال احتمل صيرورة الثمن عليه، وبقاء المضاربة.

وفي الصورة الأُولى إذا اشترى بعد التلف فالثمن عليه، سواء علم بتلف مال المضاربة قبل دفع الثمن من ماله أو لم يعلم؛ لأنّ انفساخ عقد المضاربة يمنع من وقوع البيع لها، والجهل بالحال لايقدح، لكن ينبغي تقييد ذلك بما إذا لم يصرّح في العقد بالشراء للمضاربة أو للمالك، فإنّه حينئذٍ يجب أنْ يكون الشراء باطلاً إذا لم يجزه المالك.

قوله: (ولو أجاز ربّ المال إحتمل صيرورة الثمن عليه).

أي: لواشترى العامل للمضاربة بعد تلف المال أمّا باللفظ أو النية وأجاز ربّ المال إحتمل صيرورة الثمن على ربّ المال؛ لأنّ الشراء للمضاربة شراء لربّ المال، فاذا صادف إنفساخ المضاربة وقف على إجازة المالك.

ويحتمل العدم؛ لأنّ عقد المضاربة قد بطل فلا يصحّ الشراء لها، والإجازة لاتصيّر الفاسد صحيحاً.

ولأن الثمن قد ثبت على العامل، فلا ينتقل الى المالك بمجرد الإجازة.

هذا محصل ماذكرة الشارحان وفيه نظر؛ لأنّه لو تم ذلك لوجب أن يبطل الشراء أصلاً ورأساً، لأنّه إنما وقع للمضاربة إذ هو المفروض، فإنْ لم يصح لها لم يصح أصلًا، غاية مافي الباب أنّه إذا لم يصرح في العقد بالشراء للمضاربة لم يقبل قوله على البائع في بطلان البيع.

ولاريب أنّ الحكم بلزوم الثمن له مناف لبطلان البيع، وقد جزم به المصنف فينتفي البطلان، ويلزم حينئذ صيرورة الثمن على المالك بالإجازة؛ لأنّ الشراء إنّما وقع له لامتناع وقوع الشراء للمضاربة من دون كونه للمالك، وامتناع المضاربة لايقدح في صحة الشراء وإلّا لم يقع للعامل مع عدم إجازة المالك.

فعلى هذا لايستقيم توقف المصنف في صيرورة الثمن على المالك بإجازة البيع، وغاية الشراء للمضاربة أن يقع الملك للمالك ويكون شريكاً في الربح، وتخلف

فإن اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق، وعلى المالك الثمن.

وهل يحسب التالف من رأس المال؟ نظر، هذا إن كان المالك أذن في الشراء في الذمة، وإلّا كان الثمن لازماً للعامل والشراء له إن لم يذكر

الشركة في الربح لاينافي كون الشراء للمالك، كما لو صرح بإستحقاق الربح حيث لا مضاربة.

وفي بعض النسخ زيادة وهي: (وبقاء المضاربة)، فيكون الاحتمال حينئذ في بقاء المضاربة وهو المطابق لما في التذكرة، فإنّه قال فيها: فإنْ اشتراه بعد ذلك للمضاربة كان لازماً له، ثم قال: إلّا أن يجيز المالك الشراء، فإنْ أجاز احتمل أن يكون قراضاً كما لو لم يتلف المال، وعدمه كما لو لم يأخذ شيئاً من المال[1].

هذا كلامه، وهو كالصريح في الجزم بصحة العقد والتردد في بقاء المضاربة. ولاشك في ضعف هذا الاحتمال؛ لأنّ ذلك لايعد استيناف عقد، والمضاربة لاتتحقق بدونه.

قوله: (فإنْ اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق وعلى المالك الثمن).

أي: إذا اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده وبعد الشراء فالشراء للمضاربة لا محالة؛ لأنّ العقود تابعة للقصود، وحين صدور العقد كانت المضاربة متحققة فلا يبطل العقد بتلف المال لوقوع الشراء لها فيجب على المالك الثمن؛ لأنّ عقد المضاربة تعلق بالمبيع وانتقل الى ملك المالك فوجب عليه ثمنه.

وهل يحسب التالف من رأس المال حيث أنّه لم يُدره في التجارة؟ فيه نظر عند المصنف، وقد سبق في كلامه في الفصل الرابع أن فيه اشكالاً، وسبق أنْ الأصح أنّه

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٤.

للمالك، وإلاّ بطل البيع ولا يلزم الثمن أحدهما.

ولو اشترى بالثمن عبدين فمات أحدهما كان تلفه من الربح، ولو ماتا معاً انفسخت المضاربة، لزوال مالها أجمع، فإن دفع اليه المالك شيئاً آخر كان الثاني رأس المال ولم يضم الى المضاربة الأُولى.

وينفذ تصرف العامل في المضاربة الفاسدة بمجرد الإذن كالوكيل،

يحسب.

ولايخفى أنّ هذا إنّما يكون إذا أذن المالك في الشراء في الذمة في المضاربة، فإنْ لم يكن أذن فاشترى في الذمة ناوياً للمالك ولم يجز الشراء فالثمن لازم للعامل والشراء له، وإن أجاز وقع الشراء له، فلو كان قد نوى المضاربة حينئذٍ أمكن بقاء المضاربة لبقائها حال الشراء.

ويقوى أنّ الإجازة إنْ كانت قبل تلف المال يقع للمضاربة، وإلاّ فلا، ولو ذكر العامل المالك في العقد ولم يجز بطل البيع ولم يلزم الثمن أحدهما وكذا ينبغي أنْ يكون الحكم لو نوى بالشراء المالك ولم يجز وصدّقه على ذلك البائع.

ولايخفى أنّه لو كان الشراء بعين المال فتلف قبل التسليم بطل البيع؛ لأنّ الأثمان تتعين بالتعيين وتبطل المضاربة حينئذٍ.

قولـه: (ولـو اشترى بالثمن عبدين فمات أحدهما كان تلفه من الربح، ولو ماتا معاً انفسخت المضاربة لزوال مالها أجمع، فإنْ دفع اليه المالك شيئاً آخر كان الثاني رأس المال ولم يضم الى المضاربة الاولى).

أما أنْ تلف العبد من الربح فظاهر؛ لأنّه بعض رأس المال، وأمّا أنّه إذا دفع المالك شيئاً آخر يكون المدفوع رأس المال فلأنه قراض مستأنف بعد إنفساخ الأول فلا يضم إليه.

قولـه: (وينفذ تصرف العامل في المضاربة الفاسدة بمجرد الاذن

والربح بأجمعه للمالك، وعليه أُجرة المثل للعامل، سواء ظهر ربح أو لا، إلّا انّ يرضى العامل بالسعي مجاناً، كان يقول له قارضتك والربح كله لي فلا أُجرة له حينئذ.

كالوكيل، والربح بأجمعه للمالك وعليه أُجرة المثل للعامل: سواء ظهر ربح أولا، إلّا أنْ يرضى العامل بالسعي مجاناً كأن يقول له قارضتك والربح كله لي فلا أُجرة له حينئذ).

اعترض المصنف في التذكرة على نفوذ تصرف العامل في الفاسدة بالإذن الواقع في العقد الفاسد: بأنه إذا باع بيعاً فاسداً وتصرف المشتري لم ينفذ فما الفرق؟

ثم أجاب بالفرق بأن المشتري إنّما يتصرّف من جهة الملك ولم يحصل له، بخلاف العامل، حتى أنّ البائع إذا أذن للمشتري في التصرّف وكان العقد فاسداً لم ينفذ ذلك الاذن أيضا، لأنّ إذنه بناءً على انتقال الملك اليه، فإذا لم يملك لم يصحّ وهنا أذن في التصرف في ملك نفسه فينفذ، والشروط الفاسدة لم تكن في مقابل الإذن[1].

ولقائل أنْ يقول: أنّ الإذن لم يقع إلّا على ذلك الوجه المخصوص المعين، وقد انتفى لكونه فاسداً فينتفي ماتضمنه من الأذن ويمكن أنْ يتنقح المبحث بأنّ العقد الفاسد تضمن الإذن في التصرف واستحقاق الحصة على ذلك الوجه المخصوص، فاذا انتفى أحد الأمرين يجب أن ينتفي الآخر، إلّا أنّ هذا لو تم لاقتضى اختصاص الفساد بالشرط الفاسد دون غيره.

ويدفعه أنّ الشرط محسوب مع الحصة أو في مقابلها، وبطلان أحد الجزأين أو المتقابلين يقتضي بطلان الباقي، بخلاف الإذن، إذ ليس في مقابله شيء وعلى كل حال فالظاهر أنّه لاخلاف في نفوذ التصرف.

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٨.

والعامل أمين لا يضمن ما يتلف إلّا بتعد أو تفريط، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً.

وأمّا استحقاق أُجرة المثل فلأنّ العمل الصادر لم يكن تبرعاً، ولم يقع في مقابله استحقاق عوض معيّن فتجب أُجرة المثل. ولأن الفساد في العقد يوجب ردّ كل من العوضين الى صاحبه، والعمل يتعذر ردّه لتلفه فتجب قيمته وهي أُجرة المثل.

قيل: المشروط في مقابل ذلك العمل الحصة من الربح على تقدير ظهوره، ففي صورة انتفاء الربح يجب أنْ لايستحق أُجرة مع الفساد؛ لأنه حينئذ لاشيء في مقابله.

قلنا: لاريب أنّ العمل مع الفساد مقابل بالربح في العقد، والربح مرجو الحصول في الجملة، فلم يقع تبرعاً في حال من الأحوال غاية مايقال: إنْ عوضه يجب أنْ يكون منحصراً في الربح، لكن ذلك إنّما هو على تقدير صحة العقد. أمّا على تقدير الفساد فتجب أُجرة المثل، لأنّ كل ماوقع لا على وجه التبرع وجبت له أُجرة المثل.

وقد بقي هنا شيء، وهو أنْ لافرق في نفوذ التصرف واستحقاق أُجرة المثل بين كون العامل عالماً بالفساد أولا، وهذا يتمشى في نفوذ التصرف نظراً الى حصول الاذن أمّا استحقاق الأُجرة مع علمه بالفساد حين العمل فموضع تأمل، وكذا في الإجارة الفاسدة ولم أذكر الآن تصريحاً في كلامهم بالنص على ذلك نفياً ولاإثباتاً، لكن عباراتهم مطلقة باستحقاق الأُجرة فيجب التثبت في ذلك.

إذا عرفت هذا فاعلم أنْ استحقاق الأُجرة إنّما هو اذا لم يرض بالعمل مجاناً، فإنْ رضي به كذلك فلا أُجرة له كما ذكره المصنف، خلافاً للشيخ في المبسوط[1]، وقد سبق التنبيه عليه.

قوله: (والعامل امين لايضمن مايتلف إلّا بتعد أو تفريط، سواء كان

---

(١) المبسوط ٣ : ١٧١.

والقول قوله مع اليمين في قدر رأس المال، وتلفه، وعدم التفريط، وحصول الخسران، وإيقاع الشراء لنفسه أو للمضاربة، وقدر الربح، وعدم النهي عن شراء العبد مثلا لو ادعاه المالك.

العقد صحيحاً أو فاسداً).

أمّا أنْ عامل القراض امين فلا خلاف فيه كما يظهر من قوة كلامهم، وفي بعض الأخبار دلالة عليه وأمّا أنّه لافرق في ذلك بين كون العقد صحيحاً أو فاسداً فلما عرف غير مرة من أنّ كل عقد لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده.

قولـه : (والقول قوله مع اليمين في قدر رأس المال، وتلفه، وعدم التفريط ، وحصول الخسران ، وايقاع الشراء لنفسه أو للمضاربة، وقدر الربح، وعدم النهي عن شراء العبد مثلاً لو ادعاه المالك).

اطلاق المصنف الحكم بتقديم قول العامل مع اليمين في قدر رأس المال ينافيه ماسيأتي في كلام المصنف، إلّا أنْ يريد هنا تقديمه فيما عدا صورة الاشكال وهي ماإذا كان ربح، ولايخفى ما فيه.

وأمّا تقديم قوله في التلف؛ فلأنّه أمين فيقدّم قوله فيه كغيره من الأُمناء، ولأن الحكم في الغاصب كذلك فالعامل أولى ولافرق بين أنْ يدعي سبباً خفياً أو ظاهراً يمكن إقامة البينة عليه، أو لايذكر سبباً أصلاً، خلافاً للشافعي.

وكذا يقدم قوله في عدم التفريط؛ لأنّه منكر.

وكذا يقدم قوله في حصول الخسران، لأنّه في الحقيقة في معنى التلف. هذا إذا كان دعوى الخسران في موضع يحتمل بأن عرض في الأسواق كساد، ولولم يحتمل لم يقبل، ذكر ذلك في التذكرة[1]، وهو حسن.

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٥.

والأقرب تقديم قول المالك في الرد، وفي عدم إذن النسيئة، وعدم الإذن في الشراء بعشرة، وفي قدر نصيب العامل من الربح.

وكذا يقدم قوله في إيقاع الشراء لنفسه أو للمضاربة، لأن الاختلاف في نيته وهو أبصر بها، ولاتعلم إلاّ من قبله وتقع دعواه الشراء لنفسه في صورة حصول الربح، ودعواه الشراء للمضاربة في صورة حصول الخسران، ونحو ذلك.

وكذا يقدم قوله في قدرالربح لو اختلفا في زيادته ونقصانه؛ لأنّه منكر للزائد وكذا القول فيما لو تصادقا على الإذن في شراء شيء كعبد مثلاً، ثم ادعى المالك النهي عنه بعد ذلك، فانّ القول قول العامل بيمينه؛ لأنّه منكر.

واعلم أنّ الضمير في قوله: (لو ادعاه) يعود الى النهي.

قوله: (والأقرب تقديم قول المالك في الرد-الى قوله-من الربح).

إذا اختلف المالك والعامل في رد مال المضاربة على المالك فادعاه العامل وأنكره المالك فللأصحاب في تقديم قول أيهما قولان:

أقربهما عند المصنف ـ وهو الأصح ـ تقديم قول المالك بيمينه؛ لأنّه منكر والعامل مدع فيندرجان في عموم قوله عليه السلام: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»[1]، وثبوت التخصيص في بعض الصور كدعوى التلف لايقتضي ثبوته مطلقاً وقوفاً مع الدليل.

وقال الشيخ في المبسوط: يقدّم قول العامل؛ لأنّه أمين كالمستودع، ولما في عدم تقديم قوله من الضرر .

ويضعف قوله بالفرق بينه وبين المستودع، فإنّه قبض لنفع نفسه والمستودع إنّما قبض لمحض نفع المالك، فلايناسب مؤاخذته بعدم تقديم قوله لما فيه من الضرر.

إذا عرفت ذلك فهنا سؤال، وهو إنّا إذا قدمنا قول المالك في عدم الرد يلزم

---

(١) الكافي ٧:٤١٥ حديث ١ سنن البيهقي ٨ : ٨٢٣، سنن الدارقطني ٤ : ٢١٨ حديث ٥١ و ٥٢.

ولو قال العامل: ما ربحت شيئاً، أو ربحت الفاً ثم خسرت، أو تلف الربح قُبِلَ، بخلاف ما لو قال: غلطت، أو نسيت.

تخليد حبس العامل؛ لأنّه بدعواه الردّ إن كان في الواقع صادقاً امتنع أخذ المال منه مرة أُخرى لأنّه ليس عنده، وإن كان كاذباً فظاهر حاله أنّه لايظهر تكذيب نفسه فيلزم تخليد حبسه في كثير من الصور، إلّا أنْ يحمل كلامهم على أنّ الواجب حبسه الى أنْ يحصل اليأس من ظهور العين ثم يأخذ منه البدل للحيلولة. ولم أظفر في كلامهم بشيء في تنقيح ذلك.

ولو اختلفا في الإذن بالبيع أو الشراء نسيئة، فادعاه العامل وأنكره المالك قدّم قول المالك؛ لأنّه منكر، وكذا لو اختلفا فقال العامل: أذنت لي في شراء هذا بعشرة مثلا، فقال المالك: ما أذنت لك فيقدّم قول المالك؛ لأنّه منكر للإذن.

وكذا لو اختلفا في قدر نصيب العامل من الربح فادعى الزائد والمالك دونه، فان المقدم قول المالك بيمينه. اسنده في التذكرة الى علمائنا، لأنّ المالك منكر للزائد، لأنّ الأصل في الربح أن يكون له، لأنّه تابع لرأس المال[1].

وهذا واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الربح؛ لأنّ المالك متمكن من منع الربح كله بفسخ العقد. وأمّا بعد حصوله فإنّ كلاًّ منهما مدع ومدعى عليه، فإنّ المـالك يدعي استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنيا والعامل ينكر ذلك، فيجيء القول بالتحالف إن كانت أُجرة المثل أزيد ممّا يدّعيه المالك.

ولا أعلم الآن لأصحـابنـا قولاً بالتحـالف، وإنّـما القـول بالتحالف مع الاختلاف في الربح مطلقاً قول الشافعي واعلم أنّ قول المصنف: (والأقرب تقديم قول المالك في الردّ) تقديره: في دعوى الردّ.

قوله: (ولو قال العامل: ماربحت شيئاً، أو ربحت ألفاً ثم خسرت

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٥.

ولو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل مطلقاً على إشكال.

أو تلف الربح قبل، بخلاف مالو قال: غلطت أو نسيت).

قد سبق بعض هذه المسائل، وإنّما اعادها لبيان الأحكام الزائدة.

ولاريب أنّه إذا قال العامل: ماربحت شيئاً يقدّم قوله بيمينه؛ لأنّه منكر، وكذا القول في دعوى تلف الربح وعروض الخسارة، بخلاف مالو قال العامل: ربحت، ثم قال: لم أربح شيئاً وإنّما غلطت أو نسيت فاخبرت بخلاف الواقع، أو نفى الزيادة من الربح الذي أخبر به واعتذر بالغلط أو النسيان فان قوله لايقبل حينئذ، لأنّ ذلك تكذيب لاقراره السابق ورجوع عنه فلا يكون مسموعاً ويلزم بما أقرّ به.

قوله: (ولو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل مطلقاً على إشكال).

المراد بقوله: (مطلقاً) عدم الفرق بين أن يكون هناك ربح أو لا، وعدم الفرق مع الربح بين أن يكون التلف بتفريط أولا، فالاشكال في اطلاق الحكم في الصور كلها، فإنّه اذا لم يكن هناك ربح لاإشكال في أنّ القول قول العامل، لأنّه ينكر الزائد، سواء كان المال بعينه باقياً أو تلف بتفريط.

أمّا مع الربح إذا كان باقياً أو تلف بتفريط ففي تقديم قول أيّهما اشكال ينشأ: من أنّ العامل منكر للزيادة خصوصاً إذا كان المال قد تلف بتفريطه فإنّه غارم حينئذ، فيقدّم قوله في عدم وجوب الزيادة.

ومن أنّ إنكاره لزيادة رأس المال يقتضي توفير الزيادة على الربح فتزيد حصة العامل، فيكون ذلك في قوة الاختلاف في قدر حصة العامل من الربح، والقول قول المالك فيه بيمينه على ماسبق.

والذي يقتضيه النظر تقديم قول المالك مع الربح، أمّا مع بقاء العين فلأنّ الاختلاف في الحقيقة راجع الى الاختلاف في قدر نصيب العامل، والأصل عدم الزائد؛

ولو ادعى المالك أن رأس المال ثلثا الحاصل فصدّقه أحد العاملين بالنصف، وأدعى الآخر الثلث قدم قول المنكر مع يمينه، فيأخذ خمسمائة من ثلاثة آلآف، ويأخذ المالك الفين رأس ماله بتصديق الآخر، وللآخر ثلث

لأنّ الأصل كون جميع المال للمالك الى أن يدل دليل على استحقاق الزائد.

وأمّا مع التلف بالتفريط؛ فلأنّ المضمون هو قدر مال المالك، وقد بينا أنّ الأصل استحقاق المالك الجميع؛ لأنّ الربح تابع لرأس المال إلاّ القدر الذي خرج بدليل ولم يثبت في الزائد، ولايضر كونه غارماً، لأنّ الأصل وإنْ كان عدم وجوب الزائد لكن قد تحقق النـاقـل عنه، وهو استحقاق المالك الجميع قبل التلف، إلاّ ما أقر باستحقـاق العامل إياه بالشرط، والضمان تابع للاستحقاق فما ذهب اليه الشارح الفاضل من تقديم قول المالك إلاّ مع التلف بتفريطه، فالقول قول العامل ضعيف، بل فاسد فإنّه مع عدم الربح لا وجه لتقديم قول المالك أصلاً؛ والأصحّ تقديم قول العامل إلاّ مع الربح.

فإنْ قيل: الربح متفرع على تحقيق قدر رأس المال، فاذا اختلفا في المدفوع مع اتفاقهما على قدر المشروط كان القول قول العامل؛ لأنّه منكر للزائد، ولأنّ النزاع يتعلق بزمان لم يكن الربح موجوداً؛ لأنّه يتعلق بوقت تسلم المال.

قلنا: لمّا كان النزاع بعد وجود الربح كان قول العامل: إنّ هذا المقدار هو الذي قبضه رأس المال والزائد ربح متضمناً إخراج حصة من الزائد عن المالك، مع أنّ الأصل ثبوتها له متوقفاً على البينة، فلا يكون هناك حكم للربح منفصلاً عن حكم الأصل ليتفرع عليه بعد تحقيقه.

قوله: (ولو ادعى المالك أنّ رأس المال ثلثا الحاصل، فصدقه أحد العاملين بالنصف وادعى الآخر الثلث قدّم قول المنكر مع يمينه، فيأخذ خمسمائة من ثلاثة آلاف، ويأخذ المالك الفين رأس ماله بتصديق الآخر،

المتخلف وهو خمسمائة وللمالك ثلثاه؛ لأن نصيب المالك النصف ونصيب العامل الربع فيقسم الباقي على النسبة، وما أخذه الحالف زائداً على قدر نصيبه كالتالف منها، والتالف من المضاربة يحسب من الربح.

وللآخر ثلث المتخلف وهو خمسمائة، وللمالك ثلثاه، لأنّ نصيب المالك النصف ونصيب العامل الربح فيقسم الباقي على النسبة، وما أخذه الحالف زائداً على قدر نصيبه كالتالف منها، والتالف من المضاربة يحسب من الربح).

أي: لو عامل المالك اثنين على ماله أنّ النصف لهما، ثمّ حصل الاختلاف في قدر رأس المال، فقال المالك: إنّه ثلثا الموجود كله وهو ثلاثة آلاف، فيكون رأس المال ألفين والربح ألف، وصدقه أحد العاملين على ذلك، وقال الآخر إنّه الثلث، وهو ألف، فتصديق المصدق ماض على نفسه، وهو بالنسبة الى الآخر شاهد ولا مانع من قبول شهادته، فمع عدم البيّنة يقدم قول العامل الآخر بيمينه؛ بناءً على تقديم قول العامل إذا وقع الاختلاف في قدر رأس المال مطلقاً.

وقد استشكله المصنف آنفا، فيكون رجوعاً عن الاشكال الى الجزم، أو تنزيلاً على الطرف المذكور في العبارة صريحاً فيحلف ويأخذ خمسمائة ـ هي ربع الألفين اللتين يزعمه أنّها الربح ـ فيبقى الباقي حقاً للمالك والعامل الآخر، فيكون رأس المال الفين بتصديق هذا العامل، فيأخذهما المالك وتبقى خمسمائة يقتسمانها على حكم الشرط، فيكون للمالك ثلثاها وللعامل الآخر ثلثها؛ لأنّ للمالك النصف وللعامل الآخر الربع، فإذا جمعتهما كان للمالك الثلثان.

والذي أخذه العامل الأول ـ وهو الحالف ـ زائداً على نصيبه باتفاقهما كالتالف منها، فما أصاب رأس مال المضاربة من التالف يجبر من الربح، ولو قدّمنا قول المالك بيمينه فالحكم ظاهر.

ولو ادّعى المالك القراض والعامل القرض فالقول قول المالك، فيثبت له مع اليمين ما إدعاه من الحصة، ويحتمل التحالف، فللعامل أكثر الأمرين من الأجرة والمشترط.

قوله: (ولو ادعى المالك القراض والعامل القرض فالقول قول المالك، فيثبت له مع اليمين مدعاه من الحصة، ويحتمل التحالف، فللعامل أكثر الأمرين من الأجرة والمشترط).

يجب أن تفرض المسالة فيما إذا عمل من بيده المال وحصل ربح، إذ لو كان الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك بيمينه قطعاً؛ لأن الأصل بقاء الملك له ولا معارض هنا.

فأمّا مع الربح ففيه قولان:

احدهما: أنّ القول قول المالك ـ إختاره المصنف هنا وفي التذكره[1] ـ لأنّ المال ملكه والأصل تبعية الربح له فمدّعي خلافه يحتاج الى البينة.

والثاني: ـ وهو الذي احتمله المصنف هنا، واختاره في التحرير[2] ـ أنّهما يتحالفان؛ لأنّ كل واحد منهما مدّعٍ ومنكر، فإنّ العامل يدّعي خروج المال عن ملك المالك بالقرض والمالك ينكره، والمالك يدّعي استحقاق عمل العامل في مقابلة الحصة بالقراض والعامل ينكره فإذا حلف كل منهما لنفي مايدّعيه الآخر وجب أكثر الأمرين من أُجرة المثل والحصة التي يدّعيها المالك.

ووجّهه المصنف في التذكرة بأنّه إنْ كان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به، وهو يدعي كله وإنْ كان أُجرة مثله أكثر فالقول قوله بيمينه في عمله، كما أنّ القول قول ربّ المال في ماله، فاذا حلف ثبت أنّه ما عمل بهذا الشرط ولمّا لم

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٥.

(٢) التحرير ١ : ٢٨١.

ولو أقاما بينة فعلى الأول تقدّم بينة العامل.

ولو ادّعى العامل القراض والمالك الإبضاع قدّم قول العامل؛ لأن عمله له فيكون قوله مقدّماً فيه، ويحتمل التحالف، فللعامل أقل الأمرين من الأجر والمدّعى.

يكن عمله مجاناً باتفاقهما استحق أجرة المثل، لانتفاء عوض في مقابلته.

ولقائل أن يقول: إذا كانت الحصة بقدر أُجرة المثل أو أدون فلا فائدة ليمين العامل أصلاً؛ لاستحقاقه ذلك بدونها، ولأنّ اقصى غاية اليمين أن يقرّ أو ينكل، ولا يجب معهما سوى ذلك ولا ريب أنّ القول بالتحالف هو المعتمد، لكن ينبغي البينة لما قلناه.

قوله: (ولو أقاما بينة، فعلى الأول تقدم بينة العامل).

لأنّ قول الأول هو تقديم قول المالك بيمينه، فتكون البينة على العامل لأنّه المدعي.

أمّا على الثاني فانهما متعارضان ويقسم الربح بينهما نصفين، ذكره في التذكرة[1] حكاية عن أحمد[2].

وقال الفاضل الشارح: إنّهما يتساقطان ويتحالفان [3] ويكون الحكم كما ذكره المصنف فيما تقدم . والمعروف في التعارض بين البينتين هو ماسيأتي ذكره في باب القضاء ان شاء الله تعالى، وهو الترجيح للأعدل، ثم للأكثر عدداً، ثم يقرع ويُقضى للخارج بيمينه.

قوله: (ولو ادعى العامل القراض والمالك الابضاع قُدّم قول العامل، لأنّ عمله له فيكون مقدماً فيه. ويحتمل التحالف، فللعامل أقل

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٦.

(٢) المغني لابن قدامة ٥ : ١٩٥، الشرح الكبير المطبوع مع المغني لابن قدامة ٥ : ١٧٧.

(٣) ايضاح الفوائد ٢ : ٣٣٢.

ولـو ادعى العـامـل القـرض والمالك الابضاع تحالفا وللعامل الأُجرة،

الأمرين من الأجر والمدعى).

لايخفى أنّ ذلـك إنّما هو بعد العمل وحصول الربح وإلاّ لم يتجه القول بالتحالف فلو كان قبل الشروع في العمل كفى الانكار في اندفاع كل من الدعويين.

ولو كان بعد الشروع في العمل وقبل ظهور الربح فالذي يختلج بخاطري إنّا إذا قلنا بأنّ المالك إذا فسخ المضاربة قبل ظهور الربح تجب عليه أُجرة المثل للعامل يقدّم قول العامل بيمينه؛ لأنّ المالك يدعي كون عمله في ماله مجاناً، والأصل عدمه؛ لأنّ العمل حق للعامل وقد صدر بالإذن، وإنْ قلنا بالعدم فلاشيء أصلاً.

إذا عرفت ذلك فوجه القول بالتحالف أنّ كلاًّ من المالك والعامل مدّعٍ ومدعى عليه؛ لأنّ المالك يدعي كون عمل العامل له مجاناً، والعامل يدعي استحقاق الحصة من الربح. والأصل أنّها للمالك فيتحالفان ويثبت للعامل أقل الأمرين من أُجرة المثل وما يدعيه؛ لأنّه إنْ كان ما يدعيه أقل فواضح عدم استحقاق الزائد، وإنْ كانت الأُجرة أقل فلأنّ الزيادة على الأُجرة قد اندفعت بيمين المالك.

لكن يردّ عليه أنّ يمين المالك لافائدة فيها إذا كانت الأُجرة بقدر الحصة؛ لأنّه لو أقرّ أو ردّ اليمين على العامل فحلف لم يجب شيء زائد على الأُجرة وكذا لو كانت الحصة أقل، وفيما عدا ذلك فالقول بالتحالف هو الوجه، ولو أقاما بينة بنى على القولين كما سبق.

قوله: (ولو ادعى العامل القرض والمالك الابضاع تحالفا وللعامل الأُجرة).

وجه التحالف: انّ كلاًّ منهما يدعي على الآخر استحقاق ما الأصل كونه له مجاناً، فالمالك يدعي استحقاق العمل بلا عوض، والعامل يدعي استحقاق ربح المال

ولو تلف المال أو خسر فادعى المالك القرض والعامل القراض أوالإبضاع قدّم قول المالك مع اليمين.

ولو شرط العامل النفقة أو أوجبناها وادعى أنه أنفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك، سواء كان المال في يده أو رده الى المالك.

لانتقاله اليه بالقرض، فيحلف كلّ منهما لرد دعوى الآخر، ويكون الربح للمالك وعليه أُجرة المثل للعامل.

ولايتصور هنا الاكتفاء بيمين أحدهما، أمّا العامل فلأنّه يدعي على المالك استحقاق جميع الربح، فلابدّ من يمين المالك له، وأمّا المالك فلأنّه يدعي على العامل أنّ عمله الذي صدر منه له بلا عوض فلا بدّ من يمينه.

قوله: (ولو تلف المال أو خسر فادعى المالك القرض، والعامل القراض أو الابضاع قدّم قول المالك مع اليمين).

وذلك لأنّ الأصل في وضع اليد على مال الغير ترتب وجوب الرد عليه؛ لعموم قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» . ولأنّ العامل يدعي على المالك كون ماله في يده على وجه لو تلف لم يجب بدله، والمالك ينكره.

فان قيل: المالك أيضاً يدعي على العامل شغل ذمته بماله والأصل البراءة.

قلنا: زال هذا الأصل بتحقق إثبات يده على مال المالك المقتضي لكونه في العهـدة، والأمر الزائد المقتضي لانتفاء العهدة لم يتحقق، والأصل عدمه، فيحلف المالك لنفي دعواه ويطالبه بالعوض .

قوله: (ولو شرط العامل النفقة أو اوجبناها وادعى أنّه انفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك، سواء كان المال في يده أو ردّه الى المالك).

وذلـك لأنّ المقتضي للاستحقاق معلوم ولم يعلم الاستيفاء به فيستصحب

ولو شرطا لأحدهما جزءاً معلوماً واختلفا لمن هو فهو للعامل.

ولو أنكر القراض ثم إدّعى التلف لم يقبل قوله، وكذا الوديعة

ماكان، ولأنه منكر للأخذ من المال.

وهذاالحق لتأكده ـ باعتبار وجوبه في مقابلة سفره أو بالشرط ـ لايسقط بترك الأخذ، ولا يعد متبرعاً بالانفاق على نفسه وإنّما لم يفرّق بين كون المال في يده أو في يد المالك؛ لأنّ المقتضي للاستحقاق قائم على التقديرين، والمسقط غير معلوم.

قوله : (ولو شرطا لاحدهما جزءاً معلوماً واختلفا لمن هو فهو للعامل).

كذا ذكر في التذكرة، وعلله بأنّ الشرط إذا اطلق انصرف الى نصيب العامل؛ لأنّ ربّ المال يستحق الربح بالمال ولايحتاج الى شرط، كما لايحتاج في شركة العنان الى شرط الربح، فاذا شرط كان الظاهر أنّه شرط ذلك للعامل(١).

وفيه نظر؛ لأنّه مع كونه مستحقاً بالمال فاشتراطه في العقد اكثري الوقوع، ولو لم يكن كذلك فالمذكور من غير تعيين يحتمل صرفه الى كلّ منهما. وتوقف صحة العقد على الاشتراط للعامل لايكفي في صرف الاطلاق اليه.

ودعوى الظاهر الذي ذكره إن أراد كون الغالب في العادات الاقتصار على ذكر نصيب العامل فليس بمعلوم، وإن أراد أنّ توقف صحة العقد عليه يقتضي كون الظاهر ارادته من الاطلاق فهو محل تأمل أيضاً.

وقد سبق أنّ التنازع في شيء من أركان العقد لايقدم فيه قول مدعي الصحة وإنْ كان هذا القدر من الظاهر المدعى معه، وقد سبق مثل هذه المسألة في القراض والمساقاة، وللتوقف مجال.

قوله: (ولو أنكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله، وكذا

---

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٨.

وشبهها.

أما لو كان الجواب: لا تستحق عندي شيئاً وشبهه لم يضمن.

الوديعة وشبهها).

لأنّه بانكار أصل القراض مكذّب لدعواه التلف، فلاتكون مسموعة لتضمّن انكاره الاعتراف بكونها كذباً.

ومثله القول في الوديعة والعارية، إلّا أنّ الذي يلزمه في ذلك ليس إلّا الحبس فيلزم تخليد حبسه أو قبول البدل، وفيه رجوع الى قوله، إلّا أن يقال فائدة عدم قبوله في التلف تطويل حبسه لرجاء أن يقرّ اذا كانت العين باقية، أو وجوب البدل عليه وإنْ ادعى التلف بغير تفريط.

قوله: (أمّا لو كانَ الجوابُ: لايستحق عندي شيئاً وشبهه لم يضمّن).

لعدم المنافاة بينها، لأنّه مع التلف بغير تفريط لايستحق عنده شيئاً.

* * *

المقصد السادس: في الوكالة وفصوله ثلاثة:

الأول: في اركانها، وهي أربعة:

الأول: العقد: وهو ما يدل على استنابة في التصرف.

ولا بد فيه من إيجاب دال على القصد كقوله: وكلّتك، أو استنبتّك، أو فوضت اليك، أو بع، أو اشتر، أو اعتق.

قوله: (وهو مايدل على استنابة في التصرف).

يندرج في هذا التعريف القراض والشركة والمزارعة والمساقاة بل الوصية ويمكن الاعتناء به بحمل دلالته على الاستنابة على كون المطلوب منه هو الاستنابة، ومعلوم أنّ هذه كعقود الاستنابة فيها أمر ضمني، وليست الوصية استنابة وإنّا هي نقل ولاية.

قولـه: (ولابد فيه من ايجاب دال على القصد كقوله: وكلتك، أو استنبتك، أو فوّضت اليك، أو بع، أو اشتر، أو اعتق).

قال في التذكرة: ولو قال بع واعتق ونحوهما حصل الاذن ـ وهذا لايكاد يسمى ايجاباً بل هو أمرٌ واذن، وإنّا الإيجاب قوله: وكلتك... الى آخره.

ثم قال: وقوله: أذنت لك في فعله ليس صريحاً في الايجاب، بل هو اذن في الفعـل[1]. ثم احتـج لصحة التوكيل بذلك بقول النبي صلى الله عليه وآله لعروة البارقي: «إشْتَرِ لنا شاة»[2]، وقوله تعالى مخبراً عن أهل الكهف «فليأتكم برزق منه»[3].

---

(١) التذكرة ٢ : ١١٤.

(٢) سنن الترمذي ٣ : ٥٥٩ حديث ١٢٥٨، سنن الدارقطني ٣ : ١٠ حديث ٢٩، مسند احمد ٤ : ٣٧٦.

(٣) الكهف : ١٩.

ولو قال: وكلتني؟ فقال: نعم، أو أشار بما يدل على التصديق كفى في الايجاب.

ومن قبول: إما لفظاً كقبلت أو رضيت وشبهه، أو فعلاً كما لو قال: وكلتك في البيع فباع،

والحاصل أنّ التوكيل لما لم يكن من العقود اللازمة صحّ باللفظ الدال على المراد، وإنْ لم يكن على نهج الالفاظ الواقعة ايجاباً في غيره من العقود حيث أنّه بلفظ الماضي.

وإنّما لم يكن: اذنت لك في الفعل ايجاباً صريحاً في الوكالة وان كان بلفظ الماضي؛ لأنّ الإذن في أصله أعم من الاستنابة. ولو قال: أُوكلك بلفظ المضارع على قصد الإنشاء ففي افادته جواز التصرف نظر؛ لأنّه شبيه بالوعد لاحتمال الاستقبال.

قوله: (ولو قال: وكّلتني، فقال: نعم، أو أشار بما يدل على التصديق كفى في الايجاب).

إنّما يكفي اذا وقع ذلك على قصد الانشاء دون الاخبار، وإنّما قلنا إنّه يكفي؛ لأنّ نعم كلمة جواب تحذف الجملة معها فهي نائبة منابها، لأنّ قوله نعم في قوة: نعم وكلتك.

وكذا الاشارة الواقعة جواباً الدالة على المراد، وهذا وإنْ لم يعد ايجاباً صريحاً ـ إذ لم يحصل النطق به ـ إلّا أنّه بمنزلته فيكفي فيه لما ذكرناه سابقاً.

واعلم أنّ قول القائل: وكّلتني استفهام حذفت أداته، والغرض به استدعاء الانشاء على نهج الاستفهام التقريري.

قوله: (ومن قبول: إمّا لفظاً كقبلت أو رضيت وشبهه، أو فعلاً كما لو قال: وكّلتك في البيع فباع).

قال في التذكرة: أنّ القبول يطلق على معنيين: أحدهما: الرضى والرغبة فيما

ولا يشترط مقارنة القبول بل يكفي وإن تأخر.

نعم يشترط عدم الرد منه فلو رد انفسخ العقد، ويفتقر في التصرف الى تجديد الايجاب مع علم الموكل.

فوّض اليه ونقيضه الرد، والثاني: اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات[1].

ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأول دون الثاني، فيكفي ايجاد التصرف المستناب فيه والأصل في ذلك أنّ الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وآله لم يُنقل عنهم سوى امتثال أمره، ولحصول الغرض المطلوب من الاستنابة بذلك، لأن المقصود الأصلي من الاستنابة هو الإذن في التصرف، فلا يتوقف على القبول لفظا كأكل الطعام.

قوله: (ولايشترط مقارنة القبول بل يكفي وان تأخر).

لأنّ الوكالة من العقود الجائزة، ولأنّ وكلاء النبي صلى الله عليه وآله لم ينقل عنهم قبول لفظي، وكان فعلهم متراخياً عن توكيله اياهم.

ولايقدح تراخي القبول وإن طالت مدته كسنة، نص عليه في التذكرة، وأسند جواز التراخي الى اصحابنا[2]، وظاهره أنّ ذلك إتفاقي.

قوله: (نعم يشترط عدم الرد منه).

لما قلناه من أنّ القبول هنا هو الرضى والرغبة في الفعل، ومع الرد لا رضى ولارغبة.

قوله: (فلو رد انفسخ العقد ويفتقر في التصرف الى تجديد الاذن مع علم الموكل).

---

(١) التذكرة ٢ : ١١٤.

(٢) التذكرة ٢ : ١١٤.

ويجب أن تكون منجّزة، فلو جعلها مشروطة بشرط متوقع أو وقت مترقب بطلت.

نعم لو نجز الوكالة وشرط تأخير التصرف الى وقت أو حصول

في قوله: (انفسخ العقد) تسامح، إذ ليس هناك إلّا الإيجاب ولايسمى عقداً. ولعله حاول التنبيه بذلك على أنّ الرد بعد العقد يقتضي فسخ العقد، ومنع التصرف كالرد بعد الايجاب.

ولاخفاء في أنّ جواز التصرف موقوف على تجديد الإذن، لكن كون ذلك مشروطاً بعلم الموكل حتى لو لم يعلم كان له أن يجدد القبول ويتصرف محل خفاء ومستنده قول الصادق عليه السلام: «مَنْ وكّل رجلاً على إمضاء أمر من الأُمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يُعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها»[١]، فإنّ ذلك نص في الباب.

قوله: (ويجب أن تكون منجّزة، فلو جعلها مشروطة بشرط متوقع، أو وقت مترقب بطلت).

يجب أن تكون الوكالة منجّزة عند جميع علمائنا، فلو علقها بشرط وهو مما جاز وقوعه كدخول الدار، أو صفة وهي ماكان وجوده محققا كطلوع الشمس لم يصح. وذهب جمع من العامة الى جوازها معلّقة؛ لأنّ النبي صلى الله عليه وآله قال في غزاة مؤتة: «أميركم جعفر، فإن قتل فزيد بن حارثة»[٢] الحديث.

والتأمير في معنى التوكيل، ولأنّه لو قال: أنت وكيلي في بيع عبدي إذا قدم الحاج صحّ اجماعاً، وفي كون التأمير توكيلاً نظر والفرق بين محل النزاع والمفروض ظاهر؛ لأنّ المعلّق فيه هو التصرف لا التوكيل، ولا بحث في جوازه.

والى هذا أشار بقوله: (نعم لو نجّز الوكالة وشرط تأخير التصرف الى وقت

---

(١) التهذيب ٦ : ٢١٣ حديث ٥٠٢.

(٢) تاريخ اليعقوبي ٢ : ٦٥.

شرط جاز، كان يقول: وكلّتك الآن ولا تتصرف إلّا بعد شهر.

وإذا فسد العقد لتعلقها على الشرط إحتمل تسويغ التصرف عند حصوله بحكم الإذن، وفائدة الفساد سقوط الجعل المسمى والرجوع الى الاُجرة.

أو حصول شرط جاز، كأن يقول: وكّلتك الآن ولا تتصرف إلّا بعد شهر).

وأعلم أنّ قوله (فلو جعلها مشروطة بشرط) لايريد به إلّا التعليق ، أمّا مطلق الاشتراط فلا، فلو قال: وكّلتك في كذا وشرطت عليك كذا ممّا لامانع منه صحّ

واعلم أيضاً أنّ توقيت الوكالة لايلزم، لكن لايجوز التصرف بعده.

قوله: (فإذا فسد العقد لتعلقها على الشرط إحتمل تسويغ التصرّف عند حصوله بحكم الإذن، وفائدة الفساد سقوط الجعل المسمى والرجوع الى الاُجرة).

هذا فرع على التوكيل معلقاً على شرط.

وتحقيقه: أنّه إذا أوقع الوكالة معلقة كانت فاسدة على ماسبق ، فعلى الفساد هل يسوغ التصرّف عند حصول المعلق عليه؟ احتمل المصنف ذلك، ووجه الاحتمال ما أشار إليه بقوله: (بحكم الإذن) وتوضيحه: أنّ الإذن في التصرّف على التقدير المخصوص حاصل، والفرض حصول المعلق عليه، فيكون التصرّف مأذوناً فيه فيقع صحيحاً.

ويحتمل العدم؛ لأنّ العقد فاسد إذ هو المفروض، ولا معنى للفاسد إلّا مالايترتب عليه أثره. ولأنّ الإذن الواقع في العقد المعلق المحكوم بفساده لا اعتداد به؛ لامتناع بقاء الضمني مع ارتفاع المتضمن له، والإذن إنّما وقع على ذلك الوجه المعيّن المخصوص.

واعلم أنّ قول المصنف: (وفائدة الفساد سقوط الجعل المسمى والرجوع الى

. . . .

الأُجرة) جواب سؤال يردّ على إحتمال الصحة تقريرة: اذا كان جواز التصرّف ـ الذي هو فائدة عقد الوكالة وأثره ـ ثابت على كل من تقديري الصحة والفساد، فأي فارق بين الصحيح والفاسد هنا؟

وجوابه: أنّ أثر الفساد لايظهر في الاستنابة والإذن، بل إنّما يظهر في الجعل إذا كانت الوكالة بجعل، فإنّه يبطل ويستحق الوكيل أُجرة المثل، كما في المضاربة الفاسدة حيث حكمنا بفساد استحقاق الحصة ونفذّنا التصرّف واوجبنا للعامل الأُجرة.

وتنقيح المبحث: أنّ الوكالة تسليط على التصرّف ولايمتنع فيه التعليق، فإنّ القائل لو قال لغيره: إذا حضر الطعام فكل لم يكن هذا التعليق مخلاً بجواز الأكل عند حضور الطعام، وإنّما يمتنع التعليق فيما يكون معاوضة أو كالمعاوضة.

ومن ثم حكمنا بفساد الصداق بالشرط الفاسد في عقد النكاح دون العقد، وحكمنا بفساد اشتراط الحصة في المضاربة الفاسدة دون الإذن في التصرف، لأنّ شبه المعاوضة فيهما بكون الصداق في مقابل استحقاق الانتفاع بالبضع، والحصة في مقابل العمل المخصوص، فاختص ذلك بالبطلان ووجب مهر المثل وأُجرة المثل.

وكذا الوكالة المشتملة على الجعل، فإنّه لكون في مقابل العمل يحصل به شبه المعاوضة، فيجب أنْ يتوجه الفساد بالتعليق اليه، بل مطلق الفساد بأي سبب كان، ويبقى معنى الوكالة الذي هو عبارة عن الإذن في التصرّف.

لكن على هذا إطلاق الفساد على عقد الوكالة غير واضح؛ لأنّ الجعل خارج عن مفهوم الوكالة، ولهذا لانعتبره في صحة العقد، بخلاف عقد المضاربة؛ لأنّ اشتراط الحصة من أركان العقد، فيكون عقد الوكالة غير محكوم بفساده وإنْ حكم بفساد ماشتمل عليه.

كما إنّا لانحكم بفساد النكاح بفساد الصداق؛ فيسقط اعتبار ماذكره

الثاني: الموكل: ويشترط فيه أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية، فلايصح توكيل الصبي وإن كان مميزاً أو بلغ عشراً مطلقاً على رأي.

المصنف من الجواب؛ لانتفاء السؤال أصلاً ورأساً، بل يكون حكمه بفساد الوكالة بالتعليق أولاً وإحتمال تجويز التصرّف معه، وكون فائدة الفساد سقوط جعل المسمى آخراً كالمتدافعين.

وهذا الذي ذكرناه كلام جيد منقح، إلاّ أنّه يرد عليه أنّ التصرّف في مال الغير بالبيع والشراء، وأنواع التصرفات من الأُمور المبنية على التضييق، وليس هو كأكل الطعام المبني على التسامح في العادة، وهذا يكتفى فيه بقرائن الاحوال.

ولا يشترط فيه اللفظ، بل يعتبر مجرد وضع الطعام بين يدي الغير إذا دلت القرينة على إرادة أكله. والأمر فيه أسهل من إخراج الملك عن الغير، وتجديد ملك آخر له، ونحو ذلك، فلابدّ فيه من الاحتياط التام.

والنكاح له حكم برأسه متفق عليه، والمضاربة إنْ كان الحكم فيها متفقاً عليه فلا بحث فيه، وإلّا توجه إليها الكلام، فالذي ينبغي التوقف عن الحكم بجواز التصرّف كما في غيره من العقود.

وأعلم أنّ قول المصنف: (لتعلقها على الشرط) لايخلو من مناقشة، والمناسب أنْ يقول: (لتعليقها).

قوله: (ويشترط فيه أنْ يملك مباشرة ذلك التصرّف بملك أو ولاية).

أي يملك مباشرة ذلك التصرّف إمّا بحق الملك لنفسه، أو بحق الولاية عن غيره كالأب والجدّ له.

قوله: (فلا يصح توكيل الصبي وإنْ كان مميزاً أو بلغ عشراً مطلقاً على رأي).

ولا المجنون، ولو عرض بعد التوكيل بطلت الوكالة.

لمّا كان تصرّف الوكيل بالوكالة محسوباً من تصرّف الموكل اشترط لصحة التوكيل أن يملك الموكل مباشرة الفعل الموكل فيه بملك أو ولاية، وإنْ منعه من إنشاء الفعل الجهل بالشيء ـ لكون العلم به شرطاً لصحة ذلك الفعل كالبيع المشروط بالعلم بالمبيع ـ فان الجهل به لايخل بصحة التوكيل.

فعلى هذا لايصح توكيل الصبي على حال في شيء من التصرّفات؛ لأنّه لايملك مباشرة التصرّف في شيء، سواء كان مميزاً أم لا، وسواء بلغ عشراً أم لا، وسواء كانت الوكالة في المعروف أم لا.

ويجيء على قول الشيخ[1] وجماعة[2] بجواز تصرّفه بالعتق والصدقة والوصية في المعروف استناداً الى الرواية الدالة على جواز ذلك منه إذا بلغ عشراً أو بلغ خمسة أشبار[3] جواز توكيله في ذلك؛ لصحة مباشرته للتصرف. وهذا صحيح على القول به، إلّا أنّ القول به ـ وإن كان مشهوراً مستنداً الى النصوص[4] ـ غير واضح فيمتنع توكيله مطلقاً.

إذا عرفت ذلك فأعلم أنّ المراد بقول المصنف: (مطلقاً) تعميم منع الصبي من التوكيل في جميع التصرفات؛ لأنّه لايملك شيئاً منها. وأشار بالرأي الى قول المخالف بالجواز في المواضع المذكورة.

قوله: (ولاالمجنون، ولوعرض بعد التوكيل بطلت الوكالة).

لما قلناه من أنّ تصرف الوكيل تصرّف الموكل، وأنّه لابدّ أن يملك أهلية المباشرة ـ وكذا تبطل بتجدد كل ما يخرج عن أهلية المباشرة.

---

(١) النهاية : ٦١١.

(٢) منهم الشيخ المفيد في المقنعة : ١٠١ ،وسلار في المراسم: ٢٠٣، وابن البراج في المهذب ٢ : ١١٩.

(٣) التهذيب ٩ : ١٨١ حديث ٧٢٦ و ٧٢٩.

(٤) التهذيب ٩ : ١٨١ و ١٨٢ حديث ٧٢٦ و ٧٢٩ و ٧٣٠ .

ولا توكيل القن إلّا بإذن المولى، إلّا فيما لايتوقف على الإذن كالطلاق والخلع.

ولا الوكيل إلّا باذن موكله صريحاً أو فحوى مثل: إصنع ما شئت.

قوله: (ولاتوكيل القن، إلّا بإذن المولى، إلّا فيما لايتوقف على الإذن كالطلاق والخلع).

إنْ أُريد بالقن هنا الرقيق الذي لم تنقطع عنه سلطنة المولى إندرج فيه المدبر وأُم الولد، وهو أولى؛ لأنّ حجر الرقية عليهما باق بحاله، بخلاف المكاتب

وانما لم يصح توكيل القن؛ لأنه لايملك المباشرة، لكن ما يملك المباشرة فيه ـ وهو الطلاق والخلع، ونحوهما مما يدخله النيابة ـ يصح توكيله، ولو أذن له المولى صح مطلقاً؛ لزوال المانع.

قوله: (ولا الوكيل إلّاباذن موكله صريحاً، أو فحوى مثل: اصنع ما شئت).

لايصح توكيل الوكيل؛ لأنه لايملك المباشرة بحق الملك لنفسه، ولا بالولاية عن غيره؛ وإنما ملك المباشرة بإذن المالك فيجب الاقتصار على مقتضاه؛ فإنّ أذن له في التوكيل صريحاً فلا بحث في الجواز، وان دل توكيله بفحواه على الإذن له في التوكيل جاز أيضاً.

والمراد بالفحوى في العبارة: ما عدا الصريح كما يدل عليه السياق، ومثّل له بقوله: (اصنع ما شئت)؛ لأنه ليس إذناً في التوكيل صريحاً، لأنه إنما يدل عليه بعمومه.

والمتبادر من الصريح: هو ما نصّ عليه في اللفظ، ولأن المحتاج الى التمثيل في العبارة هو الدال بالفحوى؛ لأنه الذي قد يخفى. والمعروف عند الأُصوليين أن فحوى الخطاب هو مالايدل عليه اللفظ بمنطوقه، وإنما هو مسكوت عنه، لكن يستفاد من اللفظ بكون الحكم فيه أولى منه في المنطوق، كتحريم الضرب المستفاد من تحريم

والأقرب أن ارتفاع الوكيل عن المباشرة واتساعه وكثرته بحيث يعجز عن المباشرة إذن في التوكيل معنى،

التأفيف بطريق أولى[1].

إلّا أن مثل هذا في الوكالة عزيز الوجود، ويُتصور فيها لو وكّله في أمرين قد جرت العادة بالتسامح في أحدهما. والاذن للوكيل أن يوكّل فيه غيره. والآخر مما يطلب الاهتمام به عادة ولايراد إلّا مباشرة الوكيل له بنفسه وأذن له في التوكيل في الأخير وسكت عن الأول على وجه يشهد الحال والقرائن بأنه لم يسكت عنه إلّا لظهور انه يرضى بالتوكيل فيه حيث رضي بالتوكيل في الأهم: إما لكون الوكيل ممن يترفع عن مباشرة نحو ذلك بنفسه، أو غير ذلك من الأسباب. وفي معنى: (اصنع ما شئت) توكيله مفوضاً، ونحوه.

واعلم أن المصنف منع في التذكرة جواز التوكيل بقوله: (اصنع ما شئت)، محتجاً بان هذا القسم إنما هو في تصرفه بنفسه، وهو غير واضح؛ لأن عموم (ما) يتناول المدعى[2].

قوله: (والأقرب أن ارتفاع الوكيل عن المباشرة واتساعه وكثرته بحيث يعجز عن المباشرة اذن في التوكيل معنى).

قد سبق في أن توكيل الوكيل مع حصول الإذن له فيه صريحاً أو فحوى جائز قطعاً، والأقرب عند المصنف الجواز إذا استفيد الاذن معنى بملاحظة حال الوكيل، باعتبار ترفعه عن مباشرة ما وكّل فيه عادة، أو كونه لايتأتى منه ما وكّل فيه، أو حال الموكّل فيه بإعتبار كثرته بحيث لايقوم به الوكيل وحده عادة. والمراد من كون ذلك اذناً معنى: انه مستفاد من ملاحظة معنى اللفظ، لا من نفس اللفظ، فهو في الحقيقة

---

(١) اشارة الى قوله تعالى في سورة الاسراء : ٢٣.

(٢) التذكرة ٢ : ١١٦.

فحينئذٍ الأقرب أنه يوكل فيما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع

دلالة التزامية.

ووجه القرب: أن ذلك وإن لم يكن مستفاداً من اللفظ لكن شاهد الحال دال عليه وقاض به، فإنّ توكيل الشريف الذي لا يليق بمثله دخول السوق أصلاً في بيع مالايقع بيعه غالباً إلّا في السوق لا يكاد يستفاد منه إلّا توكيل غيره في ذلك.

وكذا القول في توكيل الشخص الواحد في مثل الزراعة في اماكن متعددة لا يقوم بجميعها إلّا بمساعد، ومثله ما لوحلف السلطان ليضربنّ زيداً، أو حلف من لا يحسن البناء أن يبني الجدار فإنه لا يعقل من ذلك إلّا أمره به.

ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لأنه خلاف مدلول اللفظ الوضعي، والتصرف في مال الغير تابع لإذنه، وليس بشيء؛ لأن ذلك مدلول اللفظ ايضاً، ولايضر كونه غير وضعي مع قيام الدال عليه، والأول هو المختار، لكن في عبارة المصنف مناقشتان:

الأُولى: انه أسند في التذكرة القول بجواز التوكيل في هذين الموضعين إلى جميع علمائنا فقال في الأول: وهو قول علمائنا أجمع، وفي الثاني: فعندنا يجوز التوكيل و لا نعلم فيه مخالفاً[1]. وما هذا شانه لا ينبغي ان يقال فيه: الأقرب، خصوصاً مع قوة دليله.

الثانية: أن الضمير في قوله: (واتساعه وكثرته) لا مرجع له في العبارة؛ لأنه يجب أن يعود إلى الموكل فيه وليس مذكوراً، وكأنه اعتمد على ظهوره كما في قوله تعالى: ﴿حتى توارت﴾[2].

قوله: (فحينئذٍ الأقرب أنه يوكل فيما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع).

---

(١) التذكرة ٢ : ١١٥.

(٢) ص : ٣٢.

ولا المحجور عليه، إلّا فيما لا يمنع الحجر تصرفه فيه كالطلاق والخلع واستيفاء القصاص .

ولا يوكّل المحرم في عقد النكاح محرماً ولا محلاً، ولا في إبتياع الصيد.

هذا فرع على القول بجواز التوكيل في المسألة الثانية، أي: فحينئذٍ كان الأقرب جواز التوكيل للوكيل فيما يعجز عن مباشرته.

الأقرب انه إنما يوكل فيما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع: لأن توكيل الوكيل خلاف الأصل. وإنما ثبت هنا للحاجة الى المساعد، فيقتصر فيه على موضع الحاجة استصحاباً لما كان، وهو الأصح.

ويحتمل جواز التوكيل في الجميع، اذ لا أولوية لبعض على آخر، ولا يستفادة الإذن فيه معنى فيكون كما لو أذن صريحاً.

ويضعف بأنه يتخيّر في التوكيل في قدر ما تندفع به الحاجة، فأي بعض أراد واقتضت المصلحة التوكيل فيه، أو يتساوى الجميع في المصلحة وعدمها وكلّ فيه وباشر الباقي. وأما الإذن فانما أُستفيد من دعاء الحاجة فيقتصر على موضعه، بخلاف الإذن لفظاً.

قوله: (ولا المحجور عليه إلّا فيما لا يمنع الحجر تصرفه فيه: كالطلاق والخلع واستيفاء القصاص).

أي: لا يجوز توكيل المحجور عليه بسفه أو فلس بغير إذن من له الإذن، إلّا فيما لايمنع الحجر تصرفه فيه كالطلاق والخلع واستيفاء القصاص بالنسبة الى كل منهما، والشراء في الذمة ونحوه بالنسبة الى المفلس. وكذا اجارة نفسه، إذ لا حق للغرماء في ذلك، بل هو جلب مال بالنسبة اليهم.

قوله: (ولا يوكّل المحرم في عقد النكاح محرماً ولا محلاً، ولا في ابتياع الصيد).

وللمكـاتب أن يوكّل، وللمأذون له في التجارة فيما جرت العادة بالتوكيل فيه، وللأب والجد أن يوكّلا عن الصغير والمجنون،

اي: محرماً ولا محلًا ايضا؛ لامتناع مباشرته ذلك التصرف شرعا. ولو وكّل في شرائه بعد الإحلال فظاهرهم عدم الجواز فلا يعتد بهذا التوكيل؛ لعدم كونه مالكاً لمباشرة هذا التصرف الآن. وهو شرط عندنا فكان كما لو وكل في طلاق إمرأة سينكحها.

قال في التـذكـرة في توكيل المحجور عليه ما صورته: ومن جوّز التوكيل بطلاق امرأة سينكحها، وبيع عبد سيملكه فقياسه تجويز توكيل المحجور عليه بما سيأذن له فيه الولي، وكل هذا عندنا باطل[١].

قوله: (وللمكاتب أن يوكّل).

لانقطاع سلطنة المولى عنه وتمكنه من التصرف.

قوله: (وللمأذون له في التجارة فيما جرت العادة بالتوكيل فيه).

أي: للعبد المأذون له في التجارة التوكيل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه ـ وان لم يصرح السيد بالاذن في التوكيل ـ لاستفادة ذلك من اللفظ بضميمة العادة المطردة.

قوله: (وللأب والجد أن يوكّلا عن الصغير والمجنون).

أي: الجد للأب، وتوكيلهما عن المجنون الذي اتصل جنونه بصغره، أما من بلغ رشيداً ثم جن فإن ظاهر كلامهم أن الولاية عليه لهما أيضاً، ويحتمل قوياً كونها للحاكم كالمتجدد سفهه.

وكيف كان، فكل من ثبتت له الولاية على غيره ملك مباشرة التصرف عنه فله أن يوكل.

---

(١) التذكرة ٢ : ١١٥.

وللحاضر أن يوكّل في الطّلاق على رأي.

وللحاكم أن يوكل عن السفهاء من يباشر الحكومة عنهم.

قوله: (وللحاضر ان يوكل في الطلاق على رأي).

هذا قول ابن ادريس[1] واكثر المتاخرين؛ لأن الطلاق قابل للنيابة وإلاّ لما صح التوكيل فيه من الغائب، ولعموم صحيح الأعرج عن الصادق عليه السلام: في رجل يجعل أمر امرأته إلى رجل فقال: اشهدوا اني قد جعلت أمر فلانة الى فلان فيطلقهـا، أيجـوز ذلـك للرجـل؟ قال: «نعم»[2] المستفاد من ترك الاستفصال عن محتمـلات المسؤول عنه، ولنقل ابن ادريس الاجماع في الشقاق على جواز توكيل الزوج للحكم في الطلاق، وصحة طلاقه لو أوقعه.

وقال الشيخ[3]، وجماعة بعدم جواز التوكيل فيه من الحاضر[4]، تنزيلاً لرواية زرارة عن الصادق عليه السلام قال: «لا تجوز الوكالة في الطّلاق على الحاضر»[5]، جمعاً بينها وبين الرواية السابقة. والأصح الأول، ورواية زرارة ضعيفة، ومع ذلك فلا تدل على مدعى الشيخ صريحاً، ثم ان الفعل اذا قبل النيابة فأي تفاوت بين الحاضر والغائب.

قوله: (وللحاكم أن يوكّل عن السفهاء من يباشر الحكومة عنهم).

وكذا يوكّل من يباشر عنهم جميع ما يقتضيه الحال من التصرف لهم من بيع

---

(١) السرائر : ١٧٤.

(٢) الكافي ٦ : ١٢٩ حديث ١.

(٣) النهاية : ٥١١.

(٤) منهم يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع : ٣١٩، والمحقق في الشرائع ٢ : ١٩٦، والشهيد الأول في اللمعة ٢ : ٣٧١، وغيرهم.

ولمزيد الاطلاع انظر مفتاح الكرامة ٧ : ٥٣٤.

(٥) الكافي ٦ : ١٣٠ حديث ٦.

ويكره لذوى المروآت مباشرة الخصومة، ويستحب لهم التوكيل.
وللمراة أن توكّل في النكاح، وللفاسق في تزويج ابنته وولده ايجاباً وقبـولاً، وليس سكـوت السيد عن النهي عن تجارة عبـده إذناً له فيها،

وشراء وغيرهما، وكذا غير السفهاء من الصبيان والمجانين إذا كان الحاكم ولياً لهم، وكذا الحكم في الوصي بغير خلاف في ذلك ،ولو منع الموصي الوصي من التوكيل لم يكن له ذلك.

قوله: (ويكره لذوي المروآت مباشرة الخصومة ويستحب لهم التوكيل).

المراد بهم: أهل الشرف والمناصب الجليلة الذين لايليق بهم الامتهان، روى العـامة أن علياً عليه السلام وكّل في الخصومة عقيلا، ووكّل أيضا عبد الرحمن بن جعفر، وقال: «إن للخصومة قحماً، وان الشيطان ليحضرها واني اكره ان احضرها»[١] والقحم: المهالك.

قوله: (وللمرأة أن توكّل في النكاح، وللفاسق في تزويج ابنته وولده ايجاباً وقبولاً).

أمـا المـرأة فلأن لها أن تبـاشر النكاح عندنا فلها أن توكّل فيه، خلافاً للشافعية[٢]. وولاية الفاسق على ولده في التزويج ثابتة فله التوكيل، خلافاً لبعض الشافعية[٣]؛ ولا فرق في ذلك بين كونه انثى فيوكل عنها ايجاباً، أو ذكراً فيوكّل عنه قبولاً.

قوله: (وليس سكوت السيد عن النهي عن تجارة عبده إذناً له

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٢٠٥، المجموع ١٤ : ٩٨، نهج البلاغة : ٥١٧.

(٢) المجموع ١٤ : ١٠٣.

(٣) المجموع ١٤ : ١٠٣.

والأقرب بطلان الإذن بالاباق.

وكل موضع للوكيل أن يوكل فيه فليس له أن يوكّل إلّا أميناً، إلّا أن يعين الموكل غيره.

فيها).

لأن السكوت أعم من الرضى وهذه مسألة ذكرت استطراداً؛ لمشابهتها الباب.

قوله: (والأقرب بطلان الإذن بالإباق).

وجه القرب: العمل بشاهد الحال،فإن حال السيد في غضبه على الآبق وارادته عوده يشهد بأنه يريد التضييق عليه مهما أمكن.

ولأن فيه مقابلة له بضد مقصوده؛ لأن هربه للخلاص من سلطنة مولاه، فيقابل بمنعه من كل تصرف، كما قوبل القاتل بحرمانه الارث. ويحتمل العدم؛ استصحاباً لماكان إلى ان يحصل المزيل،وللتوقف هنا مجال.

قوله: (وكل موضع للوكيل أن يوكل فيه فليس له ان يوكّل الّا اميناً، إلا أن يعيّن الموكّل غيره).

المراد بالأمين: العدل، وإنما وجب كونه أميناً؛ لأن الواجب على الوكيل مراعاة الغبطة للموكّل ولا غبطة في توكيل الفاسق، فيتقيد جواز التوكيل بذلك، كما يتقيد البيع بعدم تسليم المبيع قبل تسلم الثمن، وكونه من نقد البلد حالاً.

ولو كان وكيل الوكيل بحيث يأتي بمتعلق الوكالة بحضور الوكيل فهل يشترط كونه أمينا؟ الظاهر نعم، كما يشترط تسلم الثمن أولا، وإن كان قد أحضره المشتري وأبرزه وعده محافظة على الاحتياط للموكل.

ولو عيّن الموكّل شخصاً للتوكيل لم يتجاوزه وإن لم يكن أمينا، وكذا لو نصّ له على توكيل العدل وغيره.

ولـو تجددت الخيانة وجب العزل، وكذا الوصي والحاكم إذا ولي القضاء في ناحية.

قوله: (ولو تجددت الخيانة وجب العزل).

أي: لو تجددت خيانة وكيل الوكيل بعد أن كان اميناً وجب على الوكيل عزله؛ لأن تركه يتصرف في المال مع خيانته تضييع على المالك. وللشافعية وجه: أنه لايجوز عزله؛ لأنه لم يتحقق كونه وكيلاً في العزل[١].

ولقـائل أن يقول: اذا كان جواز التوكيل مشروطاً بالأمانة وجب اعتبار بقائها، لان الغرض مراعاة الغبطة للمالك، والوكالة من العقود الجائزة؛ فمتى زالت الأمانة التي هي الشرط انتفت الوكالة قضية للشرطية فلا يحتاج الى العزل.

نعم، إن أُريد بالعزل: منعه من التصرف لكونه قد انعزل من الوكالة صح، لكنـه خلاف ظاهـر العبارة هنا وفي التذكرة[٢]، وكلام التذكرة اصرح حيث حكم بوجوب العزل، وحكى عن الشافعية وجهين في جوازه[٣].

قوله: (وكذا الوصي والحاكم إذا ولّي القضاء في ناحية).

أي: وكذا الوصي إذا أراد أن يوكّل لايوكل، إلاّ أميناً، فإن تجددت خيانته عزله على ما سبق.

وكذا الحاكم إذا ولّى القضاء شخصاً في ناحية وجب أن يكون أميناً، فإذا تجددت الخيانة عزله. ووجهه وما يأتي عليه مستفاد مما سبق، هذا هو الذي يستفاد من سياق العبارة.

والمراد بالحاكم: إما الإمام عليه السلام، أو منصوبه اذا فوّض اليه تولية غيره القضاء، ولايراد به الحاكم في زمان الغيبة، لأن توليته غيره القضاء غير متصور، لأن

---

(١) المجموع ١٤ : ١١٠.

(٢) التذكرة ٢ : ١١٦ .

(٣) المجموع ١٤ : ١١٠.

وإذا أذن الموكل في التوكيل فوكّل الوكيل آخر كان الثاني وكيلاً للموكل، لاينعزل بموت الأول ولا بعزله ولا يملك الأول عزله، وإن أذن له أن يوكّل لنفسه جاز، وكان الثاني وكيلاً للوكيل ينعزل بموته وعزله وموت الموكّل، وللأول عزله.

ذلك الغير إن كان بصفات الحكم فهو منصوب الإمام، وإلا فلا يُتصور كونه قاضياً.

نعم، لو نصب الحاكم قيماً للأطفال، أو وكيلاً للغائب ونحوه أُعتبر فيه العدالة كما يعتبر في وكيل الوكيل، بل أولى؛ لأن ذلك بالاحتياط أحرى، وعلى ما نزلنا عليه العبارة فقوله: (وليّ) يجب قراءته بالتشديد.

قوله: (واذا أذن الموكل في التوكيل فوكل الوكيل آخر كان الثاني وكيلاً للموكل لاينعزل بموت الأول ولابعزله، ولايملك الأول عزله، وإن أذن له أن يوكل لنفسه جاز وكان الثاني وكيلاً للوكيل ينعزل بموته وعزله وموت الموكل وللأول عزله).

اذا أذن الموكل للوكيل في التوكيل فلا يخلو إما أن يأذن له في التوكيل عن الموكل، او عن الوكيل، أو يطلق فالأقسام ثلاثة:

الأول: أن يأذن له في التوكيل عن الموكل، فالثاني وكيل للموكل كما أن الأول وكيله فليس لأحدهما عزل الآخر.

ولاينعزل أحدهما بموت الآخر ولاجنونه، وإنما ينعزل أحدهما بعزل الموكل أو خروجه عن أهلية التوكيل.

الثاني: أن يأذن له في التوكيل عن نفس الوكيل فان الثاني وكيل للوكيل ينعزل بعزل الأول إياه، وبموته، وجنونه، وبانعزال الاول؛ لأنه وكيله ونائبه كما اقتضاه أصل الإذن، وهو أحد قولي الشافعية، والآخر العدم؛ لأن التوكيل فيما يتعلق بحق

الثالث: الوكيل: ويشترط فيه البلوغ والعقل، فلا تصح وكالة الصبي ولا المجنون.

والأقـرب جواز توكيل عبـده،

الموكل حق الموكل فيتوقف رفعه على الإذن من الموكل[1].

ويضعّف بأنه وإن كان حقاً للموكل بالتبعية لأصل التوكيل، لكن لكونه فرعاً عن الوكيل يجب أن يكون رفعه منوطاً به. ولايخفى أن للموكل عزله؛ لأن له رفع الأصل فالفرع أولى.

الثالث: أن يطلق بأن يأذن له في التوكيل، وفيه وجهان: أحدهما أنه وكيل عن الوكيل؛ لأن الغرض من ذلك تسهيل الأمر عليه، وأصحها ـ وهو ظاهر اختياره في الكتاب ـ أنه وكيل عن الموكل؛ لان التوكيل تصرف يتولاه بإذن الموكل فيقع عن الموكل.

ولأن المتبادر من الاذن في التوكيل كونه عن الموكل،حيث أن الحق بالأصالة له فالنيابة عنه، ويجيء وجه ثالث وهو التردد بين الأمرين؛ لانتفاء المرجحّ، ولايخفى أن الثاني اقرب.

قوله: (ويشترط فيه البلوغ والعقل، فلا تصح وكالة الصبي).

لأنـه لايملك التصرف، سواء كان مميزاً أم لا، بلغ عشراً أم لا وإن كان التصرف نحو الصدقة والوصية في المعروف.

ويجيء على القول بتسويغ تصرفات ابن العشر ونحوه، في الصدقة ونحوها احتمال صحة كونه وكيلاً عن غيره في ذلك؛ لصحة مباشرته له، نبه عليه في التذكرة[2].

قوله: (والاقرب جواز توكيل عبده).

---

(١) المجموع ١٤ : ١٥٤.

(٢) التذكرة ٢ : ١١٦.

ويستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة، عارفاً باللغة التي يحاور بها.

اي: جواز توكيل الشخص عبده، لقبوله النيابة، لصحة كونه وكيلًا عن غير السيد اذا أذن السيد. وكونه عبداً للموكل لم تثبت مانعيته للنيابة عنه، فيجب الحكم بالصحة.

ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لأن الوكالة تقبل الجعل ويلزمها الضمان مع التعدي، وكل منهما ممتنع هنا؛ لأن ثبوت مال للعبد على سيده أو بالعكس ممتنع فيمتنع توكيله إياه؛ لأن انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم. وضعفه لمنع كون ذلك لازماً لكل وكالة، ولا دليل عليه، وكونه اكثرياً غير قادح، والأصح الجواز.

واعلم أنه لانزاع في أن المولى اذا استناب عبده في التصرف يصح تصرفه،إنما النزاع في كونه وكالة أو إذناً، وتظهر الفائدة في بطلان الاستنابة ببيعه أو اعتاقه، وعدمه.

ويمكن أن يقال: إن الاستنابة ان كانت بلفظ التوكيل لم تصح إلا على القول بجواز توكيله، وإلا كان اذناً؛ لعدم الدليل الدال على التوكيل. ويجيء على احتمال تسويغ التصرف مع تعليق الوكالة تسويغ التصرف هاهنا ـ وإن لم تصحح الوكالة ـ لكن على هذا تنتفي هذه الفائدة أصلاً.

قوله: (ويستحب أن يكون تام البصيرة عارفاً باللغة التي يحاور بها).

المراد كونه تام البصيرة فيما وكلّ فيه، عارفاً باللغة التي يحتاج ذلك النوع من التصرف إلى المحاورة بها ليكون ملياً بتحقيق مراد الموكل.

وقال ابن البراج: بالوجوب[1]، وهو ظاهر عبارة أبي الصلاح[2]، وهو ضعيف.

---

(١) نقله عنه العلامة في المختلف : ٤٣٦.

(٢) الكافي في الفقه : ٣٣٧.

ويصح أن يكون الوكيل فاسقاً ولو في إيجاب النكاح، أو كافراً أو عبداً بإذن مولاه وإن كان في شراء نفسه من مولاه أو في اعتاق نفسه،

قوله: (ويصح أن يكون الوكيل فاسقاً ولو في ايجاب النكاح، او كافرا).

كل مالايكون الفسق أوالكفر مانعاً من مباشرته يجوز أن يكون الفاسق والكافر وكيلًا فيه، خلافاً لابي الصلاح[1] وابن البراج[2]، حتى أن الفاسق يجوز أن يكون وكيلًا في ايجاب النكاح عند القائلين بسلب ولايته بالفسق؛ لأن سلب ولايته لايقتضي سلب صحة عبارته.

نعم، لايجوز أن يكون الكافر وكيلًا في تزويج المسلمة؛ لأنه لايملك مباشرة ذلك لنفسه ـ أي بالولاية ـ لامتناع كونه ولياً على المسلمة، فيمتنع أن يملكه بالنيابة عن غيره. ولأن الوكالة في تزويجها نوع من السبيل عليها. وجوزه ابن ادريس تمسكا بالأصل[3]، وهو ضعيف؛ لوجود المعارض وهو قوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين﴾الآية[4].

قوله: (أو عبداً بإذن مولاه وإن كان في شراء نفسه من مولاه او في اعتاق نفسه).

أي: يجوز توكيل العبد لكن باذن السيد؛ لأن الغرض صحة عبارته وأهليته للتصرف، والمانع انما هو كون منافعه مملوكة لمولاه فمع إذنه يزول المانع. ولافرق في اشتراط إذن المولى بين توكيله فيما يمنع شيئاً من حقوقه وعدمه؛لان جميع منافعه ملك

---

(١) الكافي في الفقه : ٣٣٧.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف : ٤٣٦.

(٣) السرائر : ١٧٥.

(٤) النساء : ١٤١.

وان يكون امرأة في عقد النكاح وطلاق نفسها وغيرها،

لمولاه.

وذهب في التذكرة إلى جواز التوكيل بدون إذنه اذا لم يمنع شيئاً من حقوقه[١]. وفيه نظر؛ لأن المنافي إن كان هو: أن منافعه بجميعها ملك للمولى فلا يجوز الانتفاع بها بدون اذنه، ولايعتد بها في نظر الشرع بدون الإذن لم يفرّق فيها بين المانع من حقوق المولى وعدمه لامحصل لذلك؛ لأن جميع منافعه حقوق للمولى.

وإن كان المانع هو منافاة التوكيل لانتفاع المولى وجب أن لايفرق بين قليل المنافع وكثيرها، فيجوز أن يستغزله ويستنسجه حيث لايمنع انتفاع المولى، كأن يغزل وهو يتردد في حوائج المولى، ولايخفى بطلان ذلك.

ولا يقال: يلزم أن لايجوز مخاطبة العبد ومحاورته بما يستدعي تكلّمه.

لأنّا نقول: إن تم بطلان اللازم فقد خرج ذلك باطباق الناس عليه وجريان العادة المطردة به، فجرى مجرى الشرب من ساقية الغير بغير اذنه.

ويصح توكيله في كل شيء حتى في شراء نفسه من مولاه على أصح القولين كما سبق في البيع، ويكفي في مغايرة الوكيل للمبيع المغايرة الاعتبارية، وكذا القول في توكيله في اعتاق نفسه.

قوله: (وأن تكون امرأة في عقد النكاح).

خلافاً للشافعي[٢]، وقد أسلفنا أن عبارتها في النكاح معتبرة لنفسها ولغيرها.

قوله: (وطلاق نفسها وغيرها).

أما توكيلها في طلاق غيرها سواء كانت زوجة لزوجها أو لأجنبي فواضح؛ لأن الطلاق فعل يقبل النيابة كما أسلفنا، وعبارتها فيه معتبرة، وهو أصح وجهي

---

(١) التذكرة ٢ : ١١٧.

(٢) المجموع ١٤ : ١٠٢.

وإن يكون محجوراً عليه لسفه أو فلس.

ولا يصح أن يكون محرماً في عقد النكاح، وشراء الصيد وبيعه، وحفظه ولا معتكفاً في عقد البيع.

ولو ارتد المسلم لم تبطل وكالته،

الشافعية[1].

وأما طلاق نفسها فلأن المغايرة بين الوكيل والمطلقة يكفي فيها الاعتبار، وقد بينّا أن الطلاق تدخله النيابة. ومنع الشيخ في المبسوط من توكيل المرأة في طلاق نفسها[2]، وتبعه ابن ادريس[3]، وهو ضعيف.

قوله: (وأن يكون محجوراً عليه لسفه أو فلس).

لأنه صحيح العبارة وإن منع من التصرف في مال نفسه.

قوله: (ولايصح أن يكون مُحرما في عقد النكاح، وشراء الصيد وبيعه وحفظه).

لامتناع إثبات المحرم يده على الصيد وتصرفه فيه ببيع وغيره، وكذاالنكاح والانكاح.

قوله: (ولامعتكفاً في عقد البيع).

حيث لايجوز له ذلك، فإن توقف دفع ضرورة محقون الدم على فعله جازت الوكالة.

قوله: (ولو ارتد المسلم لم تبطل وكالته).

ظاهرهم انه لافرق بين كون الردة عن فطرة أو لا،وعلله في التذكرة: بأن

---

(١) المجموع ١٤ : ١٠٣.

(٢) المبسوط ٢ : ٣٦٥.

(٣) السرائر : ١٧٥.

ولا يصح أن يتوكل الذمي على المسلم لذمي ولا لمسلم، ويكره أن يتوكل المسلم للذمي على المسلم.

وللمكاتب أن يتوكل بجعل مطلقاً وبغيره باذن السيد.

التردد في تصرفه لنفسه لالغيره[1].

قولـه: (ولايصـح أن يتوكّل الذمي على المسلم للذمي ولالمسلم، ويكره أن يتوكل المسلم للذمي على المسلم).

الوكالة بالنسبة الى الإسلام والكفر ثمانية مسائل ،وذلك لأن الوكيل: إما مسلم او ذمي، وعلى التقديرين فالموكل: إما مسلم أو ذمي، وعلى التقديرات الاربعة فالموكل عليه : إما مسلم أو ذمي ،منها مسألتان لاتصح الوكالة منها في صورتين: وكالة الذمي على المسلم لذمي أو لمسلم بإجماعنا؛ لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾[2].

ويكـره أن يتوكّل المسلم للذمي على المسلم على المشهور؛ لانتفاء المانع، وعبارة الشيخ في النهاية تؤذن بعدم الجواز[3]، وهو ضعيف، وماعدا هذه الصور الثلاث فلا مانع في صحة التوكيل فيها.

قوله: (وللمكاتب أن يتوكل بجعل مطلقاً وبغيره باذن السيد).

أما الأول فلان سلطنة السيد قد انقطعت عنه، ولاحجر عليه في التصرفات التي لاتضييع فيها.

وأما الثاني فلأنه محجور عليه في اتلاف أمواله ومنافعه لأجل اداء عوض الكتابة، فإذا أذن السيد فلا مانع؛ وذهب المصنف في التذكرة الى الجواز إذا لم يمنع

---

(١) التذكرة ٢ : ١١٧.

(٢) النساء : ١٤١.

(٣) النهاية : ٣١٧.

وإذا أذن لعبده في التجارة لم يكن له أن يؤجر نفسه، ولا يتوكل لغيره.

ولو عيّن له التجارة في نوع لم يجز التجاوز عنه.

ولو وكّل إثنين وشرط الاجتماع أو أطلق لم يجز لأحدهما التفرد بشيء من التصرف وإن كان في الخصومة، ولو مات أحدهما بطلت الوكالة، وليس للحاكم أن يضم الى الثاني أميناً، وكذا لو غاب.

شيئا من حقوق السيد كما سبق في القن[1]، وقد بينّا ضعفه.

قوله: (وإذا أذن السيد لعبده في التجارة لم يكن له أن يؤجر نفسه ولايتوكل لغيره، ولو عيّن له التجارة في نوع لم يجز التجاوز عنه).

لأن ذلك خارج عن مقتضى الإذن.

قوله: (ولو وكلّ اثنين وشرط الاجتماع أو أطلق لم يجز لأحدهما التفرد بشيء من التصرف وان كان في الخصومة).

وذلك لأن توكيله إياهما يؤذن بعدم رضاه بتصرف أحدهما،ولأن التوكيل، إنما صدر كذلك، ولا فرق بين الخصومة وغيرها، وللشافعي قول بأن لكل واحد من الوكيلين الانفراد في الخصومة بغير الاجتماع عليها[2].

قوله: (ولو مات أحدهما بطلت الوكالة).

لأنها لم تثبت لأحدهما بالاستقلال كما بيناه.

قوله: (وليس للحاكم أن يضم إلى الآخر اميناً، وكذا لو غاب).

لأنه لا ولاية للحاكم هنا، بخلاف الوصيين؛ لأن النظر في حق الميت واليتيم له، ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أمينا في النظر لليتيم.

---

(١) التذكرة ٢ : ١١٧.

(٢) الوجيز ١ : ١٩٢.

ولو وكلهما في حفظ ماله حفظاه معاً في حرز لهما.

ولو شرط لهما الانفراد جاز لكل منهما أن يتصرف من غير مشاورة صاحبه في الجميع.

والأقرب جواز وكالة الواحد عن المتخاصمين وعن المتعاقدين، فيتولى طرفي العقد حتى في استيفاء القصاص من نفسه، والدين منه، والحد. فلو وكله شخص ببيع عبد وآخر بشراء عبد جاز أن يتولّى الطرفين.

ولو غاب الموكل فمات أحد الوكيلين فليس ببعيد أن للحاكم أن يضم الى الباقي أميناً في التصرف الذي يتولاه الحاكم عن الغائب، ولو غاب احد الوكيلين فالحكم كما لو مات.

قوله: (ولو وكلهما في حفظ ماله حفظاه معاً في حرز لهما).

المراد بكونه لهما: ان يكون الاحراز فيه حقا لهما معاً، ولايجوز لاحدهما الانفراد بحفظه ولاقسمته إن قبل القسمة، خلافاً لبعض الشافعية[1]، لأن المأذون فيه هو حفظهما معاً فيجب اتبّاع الإذن.

قوله: (ولو شرط لهما الانفراد جاز لكل منهما أن يتصرف من غير مشاورة صاحبه في الجميع).

أي: في جميع متعلق الوكالة، لثبوت الوكالة لكل منهما بإنفراده في الجميع.

قوله: (والأقرب جواز وكالة الواحد عن المتخاصمين وعن المتعاقدين، فيتولى طرفي العقد حتى في استيفاء القصاص من نفسه والدين منه والحد).

هنا مسألتان:

احداهما: أن يكون الواحد وكيلاً عن المتخاصمين في تلك الخصومة، ووجه

---

(١) المجموع ١٤ : ١١١.

. . . .

الجواز وجود المقتضي وهو التوكيل فيما تصح الاستنابة فيه، وما يتخيل كونه مانعاً ـ وهو نيابته عن الطرفين ـ لايصلح للمانعية لتمكنه من ايراد الحجة عن أحدهما، وذكر دافع الآخر من غير ميل معتمداً للحق كما هو شأن الوكيل.

ويحتمل عدم الجواز؛ لأنه لابد من الإستقصاء والمبالغة فيختل الغرض، لأن غرض كل واحد منهما أن ينوب منابه في تحقيق مطلوبه، ولاريب في تضاد مطلوبيهما فيمتنع الجمع بينهما.

فإن قيل: الواجب الاستقصاء بالحق وأن أضر بأحد الجانبين.

قلنا: أولاً: التوكيل والاستنابة إنما وقعا فيما يريده الموكل، ولاريب أنه إنما يريد دفع خصمه، والاستقصاء في التنقيب عليه ينافي ذلك.

وثانياً: أن الاستقصاء على هذا التقدير يجب أن يكون من الجانبين، والحق لايكون في الجانبين فيكون مستقصياً لما ليس بحق.

وثالثاً: أن الوكيل يجب عليه مجانبة الاضرار بالموكل فيما هو وكيل فيه، والاستقصاء بالنسبة الى خصمه مضر به، وفيه تعرض لتضييع حقه. والمسألة موضع توقف، والشيخ في المبسوط ذكر الوجهين ثم احتاط بالمنع[1].

الثانية: أن يكون الواحد وكيلاً عن المتعاقدين وقد منع منه بعض الأصحاب[2]، حكاه الشيخ في المبسوط قولاً[3]، وهو محكي عن ابن ادريس في باب أجر السمسار من السرائر[4]، لان الأصل في العقد أن يكون من اثنين، أحدهما موجب والآخر قابل.

---

(١) المبسوط ٢ : ٣٨٢.

(٢) نقله العلامة عن ابن الجنيد في المختلف : ٤٣٨.

(٣) المبسوط ٢ : ٣٨١.

(٤) السرائر : ٢٣٧.

. . . .

والأقرب عند المصنف الجواز عملاً بعموم:﴿أوفوا بالعقود﴾[1] ونحوه، والاثنينية المعتبرة في الإيجاب والقبول حاصلة، فإن الوكيل من جهة كونه بائعاً مغاير له من جهة كونه مشترياً، وهذا القدر كافٍ في تحقق الإيجاب والقبول. ولأنه يجوز للأب تقويم جارية الابن على نفسه، وليس المراد به إلا تولية طرفي العقد الناقل للملك، وهو الأصح.

وعلى هذا فيجوز أن يكون وكيلاً في استيفاء القصاص من نفسه، سواء كان في النفس أو في الطرف، إذ لا مانع فان الغرض حاصل، والتهمة منتفية، ومنع منه بعض الشافعية[2].

وينبغي تقييده بما اذا كان الموكل هو صاحب الحق. أما لو كان ولياً أو وكيلاً قد أُذن له في التوكيل فالمتجه منعه من توكيل من عليه القصاص إلا بالإذن؛ لأن غرض التشفي لايحصل باستيفائه هو من نفسه كما يحصل بالاستيفاء منه قهراً.

وكذا يجوز توكيل المديون في استيفاء الدين من نفسه؛ لما قدمناه، وفيه وجه بالمنع ضعيف وهو منقول عن السيد رحمه الله .

أما الحد فقد أطلق المصنف هنا جواز التوكيل في استيفائه لمن ثبت عليه، وفي التذكرة منع من توكيل الامام الجاني في جلد نفسه؛ لأنه متهم بترك الإيلام، بخلاف القطع، وجوّز توكيل السارق في قطع يده[3]. وما ذكره في التذكرة هو الصواب؛ لأن الحد: إما حق لله أولَه وللآدمي فلا يجوز ارتكاب ما يؤذن بالإخلال بالإيلام المعتبر فيه.

واعلم أن العطف في العبارة بـ (حتى) لايخلو من تكلّف؛ لأن العطف بها إنما

---

(١) المائدة : ١.

(٢) المجموع ١٤ : ٩٨.

(٣) التذكرة ٢ : ١٢٢.

ولو وكّل زوجته أو عبد غيره ثم طلّق الزوجة أو أُعتق العبد لم تبطل الوكالة.

ولو أذن لعبده في التصرف في ماله ثم أعتقه أو باعه بطل الإذن؛ لأنّه ليس على حد الوكالة، بل هو إذن تابع للملك، ويحتمل بقاء وكالته لو

يصح حيث يكون المعطوف من جملة المعطوف عليه نحو: قدم الحاج (حتى) المشاة، وكون ما بعدها من جملة ما قبلها هنا يحتاج الى تكلف ظاهر.

وقول المصنف: (فلو وكله شخص ببيع عبد، وآخر بشراء عبد جاز أن يتولى الطرفين) تفريع على ما سبق، فدليل صحته مستفاد مما ذكر. ولا يخفى أنه إنما يسوغ له ذلك اذا استقصى في القيمة إلى الحد الممكن عادة، ولم يقصر في إعلام ذوي الرغبات في مكان البيع، ولم يجد عبداً بهذه الاوصاف يباع بدون ذلك، وإلّا لم يجز الشراء.

ومراد المصنف معلوم، فإنه يريد بيان جواز تولّي الطرفين له للموكلين، أما شروط البيع والشراء فمستفادة من موضع آخر فهي معتبرة هنا لامحالة. ولايشترط علم الموكلين بأنه يشتري لأحدهما ويبيع عن الآخر.

قوله: (ولو وكل زوجته أو عبد غيره ثم طلّق الزوجة أو أُعتق العبد لم تبطل الوكالة).

لأنه لامدخل للزوجية والعبودية في صحة الوكالة، فلا تبطل بزوالها.

وقد علم أن توكيل عبد الغير باذن مولاه ليس استخداماً ولا أمراً، وإنما هو توكيل حقيقي ويقرأ (طلّق) معلوماً و(اعتق) مجهولاً، ولو قرئ معلوماً جاز وإن تفكك الضمير لعدم اللبس.

قوله: (ولو أذن لعبده في التصرف في ماله ثم اعتقه أو باعه بطل الإذن؛ لأنه ليس على حد الوكالة بل هو اذن تابع للملك، ويحتمل بقاء

أعتقه:

ولو وكل عبد غيره ثم اشتراه لم تبطل وكالته.

وكالته لو اعتقه).

إذا أذن السيد لعبده في التصرف في ماله ثم أعتقه أو باعه بطل الإذن؛ لأنه ليس على حد الوكالة، وإنما هواستخدام تابع للملك فإذا زال الملك امتنع بقاؤه، هذا اذا كان الإذن بغير لفظ التوكيل ونحوه مما يؤدي مؤداه،أما اذا كان بلفظه فيحتمل بقاء حكم التوكيل بعد الاعتاق والبيع عملاً بالاستصحاب.

ولأن اذن المولى ليس بشرط في صحة توكيل عبده ،وهو ظاهر، وليس بمانع كما تقدم بيانه ، فإذا وقع التوكيل لم يرتفع إلا بما يقتضي عزل الوكيل، وهو الأصح. نعم يجب في صورةالبيع استيذان المشتري؛ لانتقال المنافع اليه.

ويحتمـل البطلان؛ نظراً إلى أن توكيل العبد استخدام له واستيفاء لمنافعه فيزول بزوال الملك. وضعفه ظاهر؛ لما عرفت من أن التوكيل الحقيقي غير ممتنع بالنسبة إليه، فإذا صدر لفظه وجب العمل بمقتضاه .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن مقتضى عبارة الكتاب أن المراد بالإذن في قوله: (ولو أذن لعبده في التصرف) الاذن الذي لايكون بلفظ التوكيل وما في معناه بدليل قوله: (لأنه ليس على حد الوكالة) فلا يكون قوله: (ويحتمل بقاء وكالته) وارداً على الاذن المذكور ، اذ ليس توكيلاً كما عرفت ، إلا أنه خلاف المتبادر الى الفهم من نظم العبارة.

وفيه كلام أيضاً من وجه آخر، وهو أنه قد سبق في أول الفصل أن الأقرب جواز توكيل عبده، ولامعنى لذلك إلا كونه توكيلاً حقيقيا ،فوجب ان لايزول بزوال الملك كما لايزول التوكيل في الزوجة بالطلاق. وكأن المصنف إنما اقتصر على قوله: (لو اعتقه دون البيع) نظراً الى انه في البيع تصير منافعه ملكا لشخص آخر، فيمتنع بقاء

الركن الرابع: متعلق الوكالة، وشروطه ثلاثة:

الأول: إن يكون مملوكاً للموكل، فلو وكله [على] طلاق زوجة سينكحها أو عتق عبد سيملكه، أو بيع ثوب سيشتريه لم يصح،

الوكالة من دون الإذن.

وضعفه ظاهر؛لأن عدم جواز التصرف بدون اذن المشتري لايقتضي زوال التوكيل، والذي ذكره المصنف في التذكرة في تصوير المسألة: هو أنه فرضها فيما اذا وكـل السيد عبـده في تصرف ثم باعه أو أعتقه، وبنى الحكم فيها ببقاء الإذن في التصرف على أن ذلك توكيل حقيقي أم لا.

ثم حكى أن بعض الفقهاء فصّل فقال ـ: إن كانت الصيغة: وكلتك بقي الإذن، وإن أمره بالفعل ارتفع الإذن بالعتق والبيع[١]. ومقتضى آخر كلامه أنه لافرق بين وقوع الاذن بلفظ التوكيل أو لا، وان كان أول كلامه قد ينافي ذلك؛ لأنه صدّر المسألة بالتوكيل.

والذي يقتضيه النظر الفرق بين التوكيل والإذن، وكون احتمال البقاء وعدمه إنما هو على تقدير التوكيل، وأن الأصح البقاء. ووجه قوله: (ولو وكل عبد غيره ثم اشتراه لم تبطل وكالته) بعدما ذكرناه واضح.

قوله: (أن يكون مملوكاً للموكل).

أي: التصرف، فمن شرط صحة الوكالة أن يكون التصرف مملوكاً للموكل في وقت صدور عقد التوكيل،والظاهر أن ذلك متفق عليه عندنا. وللشافعية خلاف في ذلك، فاكتفى بعضهم بكونه مملوكاً حال التصرف، فلو وكل المحرم في النكاح بعد الاحلال صح عنده[٢].

---

(١) التذكرة ٢ : ١٣٤.

(٢) المجموع ١٤ : ١٠٦.

وكذا لو وكّل المسلم ذمياً في شراء خمر أو بيعه أو المحرم محلاً في ابتياع صيد أو عقد نكاح، أو الكافر مسلماً في شراء مسلم او مصحف.

ولا يشترط استقرار الملك، فلو وكل في شراء من ينعتق عليه صح.

ولو قال: اشتر لي من مالك كر طعام لم تصح؛ لأنه لايجوز أن يشتري الإنسان بماله ما يملكه غيره.

قوله: (وكذا لو وكل المسلم ذمياً في شراء خمر أو بيعه، او المحرم محلاً في ابتياع صيد أو عقد نكاح).

ربما يورد على العبارة: أن هذا قد سبق ذكره فتكون إعادته تكراراً.

وأُجيب عنه بان المقتضي لذكره فيما مضى مخالف للمقتضي هنا؛ لأنّه ذكر هنـاك باعتبار حال الموكل وحال الوكيل، وهنا بإعتبار حال الموكل فيه. واختلاف الاعتبار كافـ في الاختلاف على سبيل الجملة.

قوله: (ولايشترط استقرار الملك، فلو وكل في شراء من ينعتق عليه صح).

لأن الموكل فيه هو الشراء واستقرار الملك وعدمه لادخل له فيه.

قوله: (ولو قال: اشتر لي من مالك كر طعام لم يصح).

لأنه لايجوز أن يشتري الإنسان بماله مايملكه غيره؛ وذلك لأن المعاوضة تقتضي انتقال كل واحد من العوضين الى مالك العوض الآخر.

وهذا كما لو قال الراهن للمرتهن: بع الرهن لنفسك، فانه لايصح ذلك، إذ لايتصور بيعه لنفسه. وكذا لو قال: بعه لي واقبضه لنفسك، فان القبض لايصح لمثل ما قلناه.

ولم ينظروا إلى دلالة القرائن هاهنا كما نظروا اليها في استفادة جواز التوكيل للوكيل بترفعه عما وُكلّ فيه، ونحو ذلك تمسكاً بظاهر اللفظ هنا، وتحكيماً للعادة الجارية

ولو قال: اشتر لي في ذمتك واقض الثمن عني من مالك صح.

ولو قال: اشتر لي من الدين الذي لي عليك صح، ويبرأ بالتسليم الى البائع.

هناك لاطرادها بذلك.

فرع: لو قال: طلق زوجتي ثلاثاً فهل يكون وكيلاً في الرجعتين بينهما؟ لا أستبعد ذلك، نظرا الى ان الموكل فيه هو الطلاق الشرعي، ولايتم إلاّ بالرجعة. ولو علم منه انه يريد بذلك البينونة فالحكم كما قلناه حينئذ أقوى.

لكن يرد عليه أن ذلك توكيل في تصرف لايملكه الموكل وقت التوكيل، فإن الرجعة إنما يملكها بعد الطلاق فحقه أن لايصح. وليس ببعيد أن يقال: إن التوكيل في مثل هذا جائز؛ لأنه وقع تابعاً لغيره، ونحوه مالو وكله في شراء شاتين وبيع احداهما ، أما لو وكله فيما لايملكه استقلالاً - كما لو وكله في طلاق زوجة سينكحها - فإنه لايصح.

والفرق بين وقوع الشيء أصلاً وتابعاً كثير، لأن التابع وقع مكملاً بعد الحكم بصحة الوكالة واستكمل أركانها. وقد وقع الإيماء الى ذلك في التذكرة في تخصيصات الموكل في آخر الكلام على ما لو وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين وباع احداهما[1].

قوله: (ولو قال: اشتر لي في ذمتك واقبض الثمن عني من مالك صح).

لأن شراء الوكيل للموكل في ذمته ممكن، وكذا أداء الوكيل دين الموكل من مال الوكيل ممكن.

قوله: (ولو قال: اشتر لي من الدين الذي لي عليك صح ويبرأ

---

(١) التذكرة ٢ : ١٢٦.

الثاني: أن يكون قابلًا للنيابة كانواع البيع، والحوالة، والشركة والقراض، والجعالة، والمساقاة، والنكاح، والطلاق والخلع، والصلح، والرهن، وقبض الثمن، والوكالة، والعارية، والأخذ بالشفعة والإبراء، والوديعة،

بالتسليم الى البايع).

وذلك لأن تعيين الدين في مال بعينه أمر راجع الى المديون؛ لأنه مخيّر في جهات القضاء.

وإنما يبرأ بتسليمه الى البائع؛ لأن صاحب الدين إنما يملكه بقبضه اياه، أو ما يقوم مقام قبضه، وليس المديون وكيلًا في القبض،فإذا سلمّه الى البائع عن الموكل تعيّن له، لكن هل يفرّق بين أن يقع الشراء بالعين أو بالذمة؟ يحتمل الفرق؛ لأنه في وقت الشراء لم يتعين المال المجعول ثمناً للموكل، وإنما هو باق على ملك المديون ـ أعني الوكيل ـ فلا يتصور وقوعه عوضاً عما يشتريه للموكل.

ويحتمل العدم؛ لأنه قد تعيّن للموكل بالتعيين وان لم يتم الملك، وبراءة المديون إنما تكون مع تمام الملك، وأما صحة البيع فيكفي فيها حصول أصل الملك . وينبغي تامل هذا البحث؛ لأنه لايحضرني الأن فيه شيء سوى ما ذكرته.

قوله: (الثاني: أن يكون قابلًا للنيابة كأنواع البيع، والحوالة، والضمان، والشركة، والقراض، والجعالة، والمساقاة، والنكاح، والطلاق، والخلع، والصلح، والرهن، وقبض الثمن، والوكالة، والعارية، والأخذ بالشفعة والإبراء والوديعة).

لاخلاف في جواز التوكيل في البيع إيجاباً وقبولاً، وفي جميع انواعه كالسلم والصرف والمرابحة وغيرها، وفي توابعه من القبض والإقباض والفسخ بالخيار بانواعه، والأخذ بالشفعة واسقاطها.

. . . .

والسر فيه أن الشخص قد يترفّع عن التردد في الأسواق، وقد لايحسن التجارة، أو لا يتفرغ لها لاشتغاله بغيرها من أُمور الدين أو الدنيا، وقد يكون مأموراً بالتخدير كالمرأة فأجاز الشارع التوكيل فيه دفعاً للحاجة، وتوسيعاً على الآدمي، وتوفيراً لزمانه على العبادة التي هي السبب الأصلي في خلقه، وقد سبق في توكيل النبي صلى الله عليه وآله عروة البارقي في شراء شاة[1].

وكذا يجوز في الحوالة إيجاباً وقبولاً فانها اعتياض أو استيفاء، وكذا الضمان، والشركة عقداً ومزجاً، وعقد القراض، وكذا في فعل متعلقه بأن يستنيب العامل إن أذن له المالك وإلا فلا، قاله في التذكرة[2]. وينبغي أن يكون ذلك مما يتوقف على إذن المالك، لا في نحو المساومة وايقاع عقد البيع وعقد الجعالة، والفعل الذي هو متعلقها.

وكذا يصح في عقد المساقاة، والمزارعة، والإجارة، والفعل الذي هو متعلقها مع الإذن، وكذا عقد النكاح، وايقاع الطلاق، والخلع بطرفيه، والرجعة، وظاهر كلام التذكرة جواز التوكيل في اختيار الزوجات ممن أسلم عن أزيد من أربع[3]. وعقد الصلح ، والرهن ، وقبض المرهون ، وقبض الثمن في البيع كالمبيع والعوض في الصلح وغيره.

وكذا يصح التوكيل في الوكالة بأن يوكل شخصاً بان يوكل آخر على ما سبق، وكذا يصح التوكيل في العارية بالنسبة إلى العقد واستيفاء المنافع مع الإذن، وكذا الإبراء والهبة وعقد الوديعة وقبضها باذن المالك، وقبض الأموال مضمونة كانت أو لا؟

---

(١) سنن الترمذي ٣ : ٥٥٩ حديث ١٢٥٨، سنن الدارقطني ٣ : ١٠ حديث ٢٩، مسند احمد بن حنبل ٤ : ٣٧٦.

(٢) التذكرة ٢ : ١١٧.

(٣) التذكرة ٢ : ١١٨.

وقسمة الصدقات، واستيفاء القصاص والحدود مطلقاً في حضور المستحق وغيبته، وقبض الديات، والجهاد على وجه، وإثبات حدود الآدميين لا حدوده تعالى، وعقد السبق والرمي، والعتق والكتابة والتدبير، والدعوى وإثبات الحجة والحقوق والخصومة وإن لم يرض الخصم، وسائر العقود والفسوخ.

والضابط كل مالاغرض للشارع فيه في التخصيص بالمباشرة من فاعل معين.

قوله: (وقسمة الصدقات، واستيفاء القصاص والحدود مطلقاً في حضور المستحق وغيبته ،وقبض الديات والجهاد ـ على وجه ـ واثبات حدود الآدمين لا حدود الله تعالى، وعقد السبق والرمي، والعتق والكتابة والتدبير، والدعوى واثبات الحجة والحقوق، والخصومة وإن لم يرض الخصم، وسائر العقود والفسوخ، والضابط: كل مالاغرض للشارع فيه في التخصيص بالمباشرة من فاعل معيّن).

لاريب في أنه يجوز توكيل الإمام في قبض الصدقات، وفي قسمتها على الفقراء، وفي توكيل المالك في دفعها الى مستحقها، وتوكيل الفقير من يقبضها عنه. وكذا الخمس والكفارات، وقد بعث النبي صلى الله عليه وآله عمّاله لقبض الصدقات وتفريقها[1].

ويجوز توكيل الفقيه في زمان الغيبة في صرف حصة الإمام عليه السلام إلى مستحقيها فإن ذلك فعل قابل للنيابة. وينبغي تعيين الحاكم المستحقين احتياطاً لكونه مال غائب، ويجوز توكيل المستحق للقصاص في استيفائه، سواء كان في النفس أم في الطرف. وكذا الحدود مطلقاً، اي: سواء كانت حدود الآدميين كحد السرقة والقذف، أم حدود الله تعالى كحد الزنى ، ولا فرق في ذلك بين حضور المستحق وغيبته.

---

(١) سنن ابن ماجة ١ : ٥٧٦ حديث ١٨٠٣، سنن الترمذي ٢ : ٦٨ حديث ٦١٩.

. . . .

ومنع بعض الشافعية من التوكيل في استيفاء حدود الآدميين في غيبة المستحق؛ لأنه لايتبين بقاء الاستحقاق عند الغيبة؛ لاحتمال العفو، ولأنه ربما يرق قلبه حال حضوره فيعفو فيشترط الحضور[1]. ويضعّف بأن الأصل البقاء، والاحتمال لاأثر له لقيامه مع حضوره، ورجاء رقة قلبه لاينهض مانعاً.

وكذا يجوز التوكيل في قبض الديات كسائر الأموال، ويجوز التوكيل في الجهاد؛ لان الغرض حراسة المسلمين وحفظ عمود الدين، وليس الغرض متعلقاً بمعيّن فيوكل من وجب عليه من لم يتعلق به الوجوب إلا أن يتعيّن المكلف لذلك بتعيين الإمام عليه السلام إياه لشدة بلائه في الحرب، أو جودة رأيه ووفور عقله، ونحو ذلك من المصالح. وكذا لو دهم المسلمين عدو وتوقف الدفع عليه فانه يتعيّن وإن لم يعيّنه الإمام عليه السلام فلا يجوز التوكيل، وهذا هو المراد بقول المصنف: (على وجه).

وكذا يجوز التوكيل في اثبات حدود الآدميين وعقوباتهم؛ لأنه حق لآدمي لايختص فعله بمباشر معيّن، ومنع أبو يوسف من ذلك[2].

أما حدود الله تعالى فقد صرح المصنف بالمنع من التوكيل في إثباتها هنا، وصرح في التذكرة بالجواز؛ محتجاً بأن النبي صلى الله عليه وآله وكلّ أنيساً في اثبات الحد واستيفائه جميعاً فانه قال: «فإن اعترفت فارجمها»[3]، قال: وهذا يدل على انه لم يكن قد ثبت فقد وكّله في اثباته، ولأن الحاكم اذا استناب نائباً في عمل فإنه يدخل في تلك النيابة الحدود واثباتها، فإذا دخلت في التوكيل بالعموم فبالتخصيص أولى. ثم

---

(١) المجموع ١٤ : ١٠١.

(٢) اللباب ٢ : ١٣٢، شرح فتح القدير ٧ : ٧.

(٣) سنن البيهقي ٨ : ٢٢٦.

. . . .

حكى عن الشافعي القول بالمنع من التوكيل في ذلك[١] ، ورده[٢]. وصرح في التحرير بأنه لايجوز التوكيل في اثبات الحدود إلا في حد القذف[٣].

إذا عرفت ذلك فاعلم أن منع المصنف هنا من التوكيل في اثبات حدود الله تعالى ان أراد به: توكيل الإمام فغير واضح، وإلا صح خلافه كما في التذكرة[٤]. وإن أراد به توكيل واحد من المكلفين غيره في اثباته فله معنى صحيح، فان ذلك الغير إن علم بالحال فإثباته حق له بالاصالة حسبة لاستواء المكلفين في ذلك، وإن لم يعلم فحد الله أوسع من أن يتولّى الدعوى به واثباته من لايعلم كونه حقاً. وجوّز في التذكرة التوكيل في الدعوى بحدود الله تعالى[٥]، وفيه ما علمته.

وكذا يجوز التوكيل في عقد السبق والرمي كسائر العقود، وكذا ايقاع العتق والتدبير وعقد الكتابة ايجاباً وقبولاً. وكذا يجوز التوكيل في الدعوى على الغير، ولايفتقر إلى علمه بكون المدعى به حقاً؛ لأنه نائب مناب الموكل في انشائها، فكأنه حاكٍ لقوله، وكذا اثبات الحجة، أي: بيانها وايضاحها عند الحاكم كاحضار الشاهدين واستشهادهما وعدد الشياع.

وكذا التوكيل في إثبات الحقوق المالية وغيرها كالخيار، والتحجير، والاختصاص بأولوية بيت في المدرسة، ومكان في المسجد، ونحو ذلك. وكذا التوكيل في الخصومة، سواء رضي الخصم أم لا،وسواء كان الموكل المدعي أو المدعى عليه،

---

(١) المجموع ١٤ : ٩٨.

(٢) التذكرة ٢ : ١١٨.

(٣) التحرير : ٢٣٣.

(٤) التذكرة ٢ : ١١٨.

(٥) التذكرة ٢ : ١١٨.

أما ما لاتدخله النيابة فلا يصح التوكيل فيه، وهو كل ما تعلّق به غرض الشارع بإيقاعه من المكلّف به مباشرة كالطهارة مع القدرة وإن جازت النيابة في تغسيل الاعضاء مع العجز، والصلاة الواجبة ما دام حياً، وكذا الصوم، والاعتكاف، والحج الواجب مع القدرة، والنذر واليمين والعهد،

وليس للاخر الامتناع. ومنع ابن الجنيد من توكيل الحاضر في الدعوى إلا برضى الخصم[1]، واعتبر بعض العامة العذر كالمرض والتخدير[2]، وبعضهم جوّز مع سفاهة الخصم وخبث لسانه، والكل ضعيف.

وكذا يجوز في سائر العقود من الوقف، والهبة، والحبس، والعمرى، والرقبى، والوصية ايجاباً وقبولاً وفعل متعلقها مع عدم المانع، ونحو ذلك. ومنعُ بعض الشافعية من التوكيل في هذه لكونه قربة ضعيف، فإن القربة لاتنافي النيابة، وكذا يجوز التوكيل في سائر الفسوخ.

والحاصل أن كل فعل لم يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر معيّن يجوز التوكيل فيه، فهذا هو الضابط وإن كان لايستفاد هذا الحكم إلّا بالتتبع والاستقراء. وينبغي التنبيه بشيء، وهو أن كل ما تدخله النيابة وهو على الفور لايصح التوكيل فيه إذا نافى التوكيل الفور؛ لأنه يؤدي الى اسقاطه.

قوله: (أما مالاتدخله النيابة فلا يصح التوكيل فيه، وهو كل ما تعلق غرض الشارع بإيقاعه من المكلف به مباشرة كالطهارة، وإن جازت النيابة في تغسيل الأعضاء مع العجز والصلاة الواجبة ما دام حياً، وكذا الصوم والاعتكاف والحج الواجب مع القدرة والنذر واليمين والعهد،

---

(١) المختلف : ٤٣٦.

(٢) قاله أبو حنيفة انظر: اللباب ٢ : ١٣٩، الهداية المطبوعة مع شرح فتح القدير ٧ : ٥٥٩، المجموع ١٤ : ١٠٠.

والمعاصي كالسرقة والغصب والقتل بل أحكامها تلزم متعاطيها، والقسم بين الزوجات؛ لأنه يتضمن استمتاعاً، والظهار واللعان وقضاء العدة.

والمعاصي كالسرقة والغصب والقتل، بل أحكامها تلزم متعاطيها، والقسم بين الزوجات؛ لأنه يتضمن استمتاعاً، والظهار واللعان وقضاء العدة).

لاشبهة في أن كل فعل تعلق غرض الشارع بايقاعه من المكلف به مباشرة لايصح التوكيل فيه كالطهارة فلا يُتصور التوكيل فيها.

نعم اذا عجز المكلف عن غسل الأعضاء أو مسحها في المائية أو الترابية استناب في ذلك، ولاتجوز الاستنابة في النية أصلاً. فعلى هذا يجوز أن يستنيب من ليس له أهلية التوكيل كالمجنون حتى لو غسله الساهي أجزأ؛ لان الغرض ايصال الماء إلى اعضائه ناوياً، فيجزي بأي وجه اتفق.

وفي الحقيقة ليس هذا توكيلاً حقيقياً، ولو استناب في الغسل ولم ينو لم يعتد به. وتجوز الاستنابة في التطهير من النجاسات مع القدرة، لحصول الغرض بذلك، وهو ايصال الماء الى المحل النجس .

ولاتجـوز الاستنـابـة في الصلاة الواجبة في حال الحياة قطعاً ـ إلّا ركعتي الطواف حيث يجوز للمكلف الاستنابة في الحج الواجب ـ أما المندوبة فيُتصور فيها ذلك كصلاة الزيارة والطواف، لانحو النوافل المرتبة، وما جرى مجراها.

وكذا لاتجوز النيابة في الصوم مادام المكلف حياً، وظاهر اطلاقهم أنه لافرق بين الواجب والمندوب. ومثله الاعتكاف لاشتراطه بالصوم. أما بعد الموت فيصح فعل الصوم عنه تبرعاً، وبالإذن، وبعوض ، ومجاناً وإن لم يكن ولياً. وكذا الاعتكاف لعموم قولـه عليه السلام: «فدين الله احق أن يقضى»[1] ولبعض العامة في هذه المواضع

---

(١) صحيح البخاري ٣ : ٤٦ باب ٤٢، صحيح مسلم ٢ : ٨٠٤ حديث ١٥٤ و ١٥٥.

. . . .

خلاف[1]. أما الحج الواجب فلاتدخله النيابة مع القدرة بخلاف المندوب، أما مع العجز فقد سبق جوازه.

وكذا لايصح التوكيل في النذر والعهد واليمين فيقع لغواً، وكذا المعاصي كالسرقة والغصب والقتل، وغير ذلك لايتصور التوكيل فيها بل أحكامها تلزم متعاطيها أي فاعلها.

وكذا القسم بين الزوجات ـ وان كان الوكيل محرماً للزوجة ـ لأنه يتضمن استمتاعاً، وكذا القول في الظهار؛ لأنه زور وبهتان، ولأنه في معنى اليمين. وكذا اللعان؛ لأنه يمين أو شهادة، وكذا الإيلاء؛ لأنه يمين، وقضاء العدة لاستبراء الرحم، وكذا الرضاع؛ لأنه مختص بالمرضع والمرتضع؛ لأنه يختص بانبات لحم المرتضع وانتشار عظمه بلبن المرضع.

فروع: يصح التوكيل في القضاء، والحكم بين الناس، وقسمة الفيء والغنيمة، وكذا يجوز للحاكم أن يوكل من ينوب عنه في الحجر، ويوكل الغرماء من يطلبه من الحاكم ، أما المحجور عليه فلا يصح أن يستنيب من يحكم عليه بالحجر عنه.

الثاني: الظاهر أن رد السلام لايصح التوكيل فيه بل هو متعلق بمن سلم عليه، ووجوبه فوري، فالتوكيل مؤد إلى فواته.

ولو سلّم على جماعة فكل من رد منهم فقد أتى بالواجب أصالة.

وكذا القول في سائر الواجبات الكفائية كصلاة الجنازة، وإقامة الحجج العلمية، ورد الشبهة، وعمل الصنايع ونحوها.نعم يتصور توكيل من لايجب عليه كالصبي فيما عدا نحو صلاة الجنازة ورد السلام، إلاّ على القول بأن افعال الصبي شرعية.

وهل يصح التوكيل في السلام فيُعدّ سلاماً شرعياً حتى يجب رد جوابه؟ فيه

---

(١) الوجيز ١ : ١٨٨، المجموع ١٤ : ٩٣.

وفي التـوكيل بإثبات اليد على المباحاة كالالتقاط، والاصطياد، والاحتشاش، والاحتطاب نظر.

نظر: ينشأ من اطلاق قوله تعالى: ﴿وإذا حييتم بتحية﴾[1]، ومن حمله على المعهود.

الثالث: يجوز التوكيل في قبض الجزية والمطالبة بها،قال في التذكرة: وفي اقباضها[2]، ويشكل على بعض تفسيرات الصغار[3] للزوم الإخلال به. وكذا يجوز التوكيل في عقد الذمة من الطرفين.

قولـه: (وفي التـوكيل باثبـات اليد على المبـاحـات كالالتقـاط والاصطياد والاحتشاش والاحتطاب نظر).

اختلف كلام الشيخ في التوكيل في تملك المباحات، فمنع منه في الاحتطاب والاحتشاش، وسوغه في إحياء الموات[4]، والجمع بين الحكمين مشكل.

وقد بنى الأصحاب وجهي النظر في مسألة الكتاب على أن تملك المباحات يفتقر الى النية أم لا؟ فعلى القول بافتقاره يجوز التوكيل لابدونه، وقد أسلفنا فيما مضى إن هذا البناء غير واضح؛ لأنه إنما يتم إذا قلنا بأن المباح يُملك بالحيازة على وجه القهر كالارث ـ وإن نوى عدم التملك ـ ولادليل يدل على ذلك. وقد صرحوا بأن من حفر بئراً في طريق لغرض الاستقاء منها مدة مقامه عليها يكون أولى بها إلى أن يرتحل عنها، ثم هو وغيره سواء فيها. وتحقيق المسألة قد سبق، والأصح صحة التوكيل في ذلك.

إذا عرفت ذلك فاعلم إنّا اذا جوزنا التوكيل في هذا جوزنا الإجارة عليه،

---

(١) النساء : ٤.

(٢) التذكرة ٢ : ١١٨.

(٣) انظر : مجمع البيان : ٢٢، التفسير الكبير للرازي ١٥ : ٣٠.

(٤) المبسوط ٢ : ٣٦١.

ولا يصح التوكيل في الشهادة إلّا على وجه الشهادة على الشهادة، ولا في كل محرم، وفي التوكيل على الاقرار إشكال، فان ابطلناه ففي جعله مقراً بنفس التوكيل نظر.

وإن منعناه منعنا الإجارة، وبه صرح في التذكرة[1]، وظاهر كلام صاحب الشرائع في كتاب الشركة صحة الاستئجار مطلقاً؛ نظراً إلى انه بالاجارة تصير منافع الأجير مملوكة للمستأجر فيملك ماحازه[2]. ويضعّف بانّه على القول بعدم صحة التوكيل في الحيازة لاتُتصور صحة الاجارة.

قوله: (ولايصح التوكيل في الشهادة ـ إلّا على وجه الشهادة على الشهادة ـ ولا في كل محرم).

الشهادة على الشهادة ليست توكيلاً في الشهادة، بل هي شهادة بكون فلان شاهـداً. نعم فيها مشابهة ذلك وملاحته، فلذلك عبّر المصنف بقوله: (إلّا على وجه الشهادة على الشهادة).

وقوله: (ولا في كل محرم) تكرار؛ لأنه قد تقدّم في قوله: (والمعاصي ...).

قوله: (وفي التوكيل على الاقرار إشكال، فإن ابطلناه ففي جعله مقراً بنفس التوكيل نظر).

أمّا الاشكال فمنشؤه: من أن الاقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه، والإخبار عن الغير لايكون إلّا شهادة فلا يؤاخذ به الموكل، كما لوقال: رضيت بما يشهد به عليّ فلان، ولأن الأصل براءة الذمة فيستصحب حكمه إلى ان يتحقق الناقل الشرعي، ولم يثبت كون ذلك موجباً لشغل الذمّة.

ومن أن فعل الوكيل فعل الموكل فاخباره عنه كإخباره؛ولأنّه فعل يلزم حقاً

---

(١) التذكرة ٢ : ١١٨.

(٢) شرائع الإسلام ٢ : ١٣٤.

الثالث: أن يكون معلوماً نوعاً ما من العلم لينتفي عظم الغرر، فلو وكله في شراء عبد إفتقر الى وصفه لينتفي الغرر، ويكفي لو قال: عبداً تركياً

فاشبه البيع، ولجواز املال الولي عن غير مستطيع الاملال .

ويضعّف بأن فعل الوكيل إنّما يكون فعلاً للموكل إذا كان التوكيل صحيحاً، والقياس على البيع قياس مع الفارق، فان البيع إنشاء والاقرار إخبار، واملال الولي ليس اقراراً، ولهذا لو انكر المولى عليه بعد زوال العذر لم يؤاخذ به، والأصح أنّه لا يصح، وجوّزه الشيخ في الخلاف والمبسوط[١].

إذا تقـرر هـذا فعلى كل من الوجهين هل يكون التوكيل بالإقرار اقراراً بالشيء أم لا؟ فيه نظر: ينشأ من ان الإقرار إخبار والتوكيل انشاء فلا يكون التوكيل اقراراً ، وتنافي لوازم الإخبار والإنشاء ظاهر؛ لأن الإخبار يحتمل الصدق والكذب ومقتضاه حاصل بغيره، ويقتضي تقدّم وجود المخبر عنه بخلاف الإنشاء.

ومن أن التـوكيل تضمّن الإخبار فيكون اقراراً، وفيه نظر، لأن ماتضمّنه التوكيل هو صورة الاخبار وليس إخباراً حقيقة؛ للعلم بان قوله لزيد: عندي كذا في قوله: وكلتك بأن تقرّعني بأنّ لزيد عندي كذا لم يأت به للإخبار، بل لبيان اللفظ الذي يخبر به، فهو في الحقيقة من تتمة بيان الموكل فيه، والأصح إنه لايكون اقراراً.

ولايخفى ان عبارة المصنف لاتخلو من مناقشة؛ لأنّ تفريع إحتمال كونه مقراً بنفس التـوكيل على القـول ببطلان التوكيل غير ظاهر، بل ذلك آت على تقدير البطلان والصحة، فكان حقاً ان يقول: وفي كونه مقراً بذلك نظر، كما صنع في الإرشاد.

قوله: (الثالث: ان يكون معلوماً نوعاً من العلم لينتفي عنه عِظَم الغرر، فلو وكله في شراء عبد افتقر الى وصفه لينتفي الغرر، ويكفي لو

---

(١) الخلاف ٢ : ٨٥ مسألة ٥ كتاب الوكالة، المبسوط ٢ : ٣٦١.

وإن لم يستقص في الوصف، ولو أطلق فالأقرب الجواز.

قال: عبداً تركياً وإن لم يستقص في الوصف).

لاخلاف في أنه لايشترط أن يكون متعلق الوكالة معلوماً من جميع الوجوه التي تتفاوت باعتبارها الرغبات، فإن الوكالة عقد شرع للارتفاق ودفع الحاجة فتناسبه المسامحة، ولأنّه من العقود الجائزة. ومن ثم لم يشترط فيه القبول اللفظي ولا الفورية في القبول، لكن يجب أن يكون معلوماً مبيناً من بعض الوجوه حتى لايعظم الغرر.

ولافرق في ذلك بين الوكالة العامة والخاصة، كذا ذكره المصنف في التذكرة[1] وغيره[2]، وضبط هذا لايخلو من عسر، ويمكن رده إلى العرف إن انضبط ذلك عرفاً. فلو وكلّ شخص في شراء عبد ـ وهي وكالة خاصة ـ افتقر صحة توكيله إلى وصفه لينتفي عِظَم الغرر المذكور سابقاً في كلام المصنف، فإن (عبداً) متوغل في الابهام. أما لو قال: عبداً تركياً فانه يصح وإن لم يستقص في الوصف بحيث يستوفي جميع الأوصاف المعتبرة في السلم التي بها ترفع الجهالة.

ويشكل بكون الغرر مانعاً من صحة الوكالة هاهنا، ولادليل على ذلك، فإن التوكيل في شراء عبد يقتضي الاستنابة في شراء اي عبد كان شراؤه مشتملاً على مصلحة الموكل.

ولو سلم فلا نسلّم انتفاء الغرر بقوله: (تركياً)؛ للتفاوت الكثير جداً بين افراده التركي، بخلاف مالو قال: وكلتك في استيفاء دين من ديوني، أو مخاصمة غريم من غرمائي، أو اعتاق عبد من عبيدي؛ لعدم فهم المراد من ذلك.

وقول المصنف: (ولو أطلق فالأقرب الجواز) يقتضي الرجوع عما قدّمه من قوله: (فلو وكّل في شراء عبد افتقر الى وصفه؛ لمنافاته اياه) ولذلك كان نظم العبارة

---

(١) التذكرة ٢ : ١١٩.

(٢) المبسوط ٢ : ٣٩١.

ولو قال: وكلتك على كل قليل وكثير لم يجز لتطرق الغرر، وعدم الأمن من الضرر، وقيل: يجوز وينضبط التصرف بالمصلحة.

غير حسن، ووجه القرب يُعلم مما سبق. وقال الشيخ في المبسوط: لايصح؛ لأنه غرر[١]، وقد علمت مما ذكرنا وجه رده، ولاريب أن الوصف احوط، والجواز لايخلو من قوة.

واحتمل شيخنا الشهيد وجهاً ثالثاً، وهو التفصيل بأنّ المقصود بالعبد إن كان هو التجارة لم يفتقر إلى الوصف؛ لأن الغرض هو الاسترباح، وإن كان هو الخدمة افتقر. ويرد عليه: أن الاسترباح يتفاوت تفاوتاً بيناً بتفاوت الاعيان.

قوله: (ولو قال: وكلتك على كل قليل وكثير لم يجز؛ لتطرق الغرر، وعدم الأمن من الضرر، وقيل: يجوز، وينضبط التصرف بالمصلحة).

القائل بالجواز هو الشيخ في النهاية[٢]، وابن ادريس[٣]، وجماعة[٤]، ومنع من ذلك في المبسوط والخلاف[٥]؛ للغرر العظيم وعدم الأمن من تصرف يوجب ضرراً على الموكل كهبة ماله، وتطليق نسائه، وعتق رقيقه، وتزويجه نساء كثيرة، وإلزامه المهور العظيمة والأثمان الجزيلة. ورُدّ بأن الضرر مدفوع بكون التصرف مشروطاً بالمصلحة، وأصل الغرر غير قادح في عقد الوكالة.

والمصنف فرّق في التذكرة بين ما إذا وكّله في كل قليل وكثير ـ من غير ان يضف ذلك الى نفسه ـ وبين ما إذا أضافه، فحكم بالبطلان في الأول لشدة الإبهام والغرر دون الثاني، وهذه عبارته: ولو ذكر الإضافة إلى نفسه فقال: وكلتك في كل أمر

---

(١) المبسوط ٢ : ٣٩١.

(٢) النهاية : ٣١٧.

(٣) السرائر : ١٧٦.

(٤) منهم ابو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٣٧، وسلار في المراسم: ٢٠١، والمحقق الحلي في الشرائع ٢ : ١٩٦، والمقداد السيوري في التنقيح الرائع ٢ : ٢٩٠.

(٥) المبسوط ٢ : ٣٩١، الخلاف ٢ : ٨٧ مسألة ١٤ كتاب الوكالة.

. . . .

هو اليّ، أو في كل أموري، أو في كل مايتعلق بيّ، أو في جميع حقوقي، أو بكل قليل وكثير من أُموري، أو فوّضت إليك جميع الأشياء التي تتعلق بيّ، أو أنت وكيلي مطلقاً فتصرّف في مالي كيف شئت، أو فصل الأُمور المتعلقة به التي تجري فيها النيابة فقال: وكلتك ببيع أملاكي وتطليق زوجاتي واعتاق عبيدي، أو لم يفصل على ماتقدم، إلى أن قال: فالوجه عندي الصحة في الجميع.

واحتج بأنه لفظ عام فصح في ماتناوله، كما لو قال: بع مالي كله، ولأنه لو فصّل وذكر جميع الجزئيات المندرجة تحت اللفظ العام صح التوكيل فيكون الإجمال صحيحاً، ثم ذكر احتجاج المانع بالغرر ودفعه بأن الإنضباط باعتبار المصلحة[1].

والبحث في كلامه هذا يقع في شيئين:

أحدهما: الفرق الذي ذكرهُ وليس بذلك الواضح؛ لأن التوكيل إنما يكون فيما يملكه الموكل ، اذ لا يعقل توكيل شخص آخر فيما لايملكه الموكل، فظاهر اللفظ وإن كان مطلقاً إلّا أن التوكيل وقرينة المقام يقيّده.

الثاني: إن كون التصرف مقيداً بالمصلحة بدفع الغرر غير مانع؛ لأن الجهالة في متعلق الوكالة باقية، ومع ذلك فان المصلحة في الأُمور المنتشرة أمر خفي جداً، فلابد من التزام أحد أمرين: إما كون الغرر غير مانع من صحة هذا العقد، أو القول ببطلان الوكالة في هذه المسألة ونظائرها.

لكن يلزم القول بالبطلان فيما اذا وكّله في جميع أُموره مفصلة؛ لأن تفصيلها لايدفع الغرر، والذي يقتضيه النظر القول بالصحة كقول ابن ادريس[2] وإن كان اعتبار التعيين أحوط.

---

(١) التذكرة ٢ : ١١٩.

(٢) السرائر : ١٧٥.

ولو قال: وكلتك بما اليّ من تطليق زوجاتي، وعتق عبيدي، وبيع أملاكي جاز.

ولو قال: بما اليّ من كل قليل وكثير فإشكال.

ولو قال: بع مالي كله واقبض ديوني كلها جاز، وكذا بع ماشئت من مالي واقبض ماشئت من ديوني.

قوله: (ولو قال: وكلتك بما اليّ من تطليق زوجاتي، وعتق عبيدي، وبيع املاكي جاز).

لاندفاع الغرر بالتفصيل.

قوله: (ولو قال: بما إليّ من كل قليل وكثير فإشكال).

منشأ الاشكال معلوم مما سبق وهو الغرر، واندفاعه بالتقييد بالمصلحة. والفرق بين هذه وبين ماتقدم من قوله: (وكلتك على كل قليل وكثير) لم يجز اضافته هنا ـ القليل والكثير ـ إلى نفسه واطلاقه هناك، وفي الفرق تردد.

قوله: (ولو قال: بع مالي كله واقض ديوني كلها جاز، وكذا: بع ماشئت من مالي واقبض ماشئت من ديوني).

لافرق في الجواز بين أن يكون ماله، وديونه معلومة في وقت التوكيل أو لا؛ للتقييد بالمصلحة، ومنع بعض الشافعية صحة التوكيل في بيع ماله؛ للجهالة[1]، ويجيء على قول الشيخ في المبسوط عدم الصحة[2].

ولو قال: وكلتك في بيع شيء من مالي، او في بيع طائفة منه، أو قطعة منه، أو في قبض شيء من ديوني ولم يعيّن فالظاهر عدم الصحة وفاقاً للتذكرة[3]؛ لجهالة متعلق

---

(١) المجموع ١٤ : ١٠٧.

(٢) المبسوط ٢ : ٣٩١.

(٣) التذكرة ٢ : ١١٩.

ولوقال: اشتر عبداً بمائة، أو اشتر عبداً تركياً فالأقرب الجواز.

والتوكيل بالابراء يستدعي علم الموكل بالمبلغ المبرأ عنه ولوقال: ابرئه من كل قليل وكثير جاز ولايشترط علم الوكيل ولاعلم من عليه الحق.

الوكالة من الجملة بخلاف المقيّد بالمشيئة.

قوله: (ولو قال اشتر عبداً بمائة، أو اشتر عبداً تركياً فالأقرب الجواز).

وجه القرب معلوم مما سبق، وهو المفتى به، واحتاط الشيخ في المبسوط بعدم جواز التوكيل في شراء عبد تركي أو زنجي مطلقا من دون أن يسمّيّ ثمناً[1].

وقد كان اللائق بنظم الكتاب أن يقدّم هذه المسألة على قوله: (ويكفي لو قال: عبداً تركياً)؛ لأنه إذا جزم بالجواز من دون تعيين الثمن لم يكن لقوله: (فالأقرب الجواز) بالنسبة الى هذه المسألة وجه.

قوله: (والتوكيل بالإبراء يستدعي علم الموكل بالمبلغ المبرأ عنه، ولو قال: إبرئه من كل قليل وكثير جاز، ولا يشترط علم الوكيل ولا علم من عليه الحق).

صرح المصنف في التذكرة بأنه لو وكّله في أن يُبرئه من الدين الذي عليه صح وإن لم يعلم الموكل قدره ولا الوكيل عندنا، وهو الذي يقتضيه النظر[2].

وينّزل كلامه هنا على أن الموكل لم يقصد إبراءه من كل مافي ذمته قليلاً كان أو كثيراً، فيشترط حينئذٍ علمه بالقدر ليصح الابراء لاعلم الوكيل، أما اذا قصد ابراءه مطلقاً فهو بمنزلة مالو وكله في ابرائه من كل قليل وكثير.

---

(١) المبسوط ٢ : ٣٩٢.

(٢) التذكرة ٢ : ١٢٠.

ولو قال: بع بما باع به فلان سلعته استدعى علم الوكيل بالمبلغ او الموكل.

ولو وكله بمخاصمة غرمائه جاز وان لم يعينهم.

وأما علم من عليه الحق فليس بشرط اصلاً، وربما قيل باشتراطه بناءً على ان الإبراء تمليك لا إسقاط، وسياتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: (ولو قال: بع بما باع به فلان سلعته استدعى علم الوكيل بالمبلغ أو الموكل).

اشترط في التذكرة لصحة البيع علم الوكيل بماباع به فلان ؛ لأن العهدة تتعلق به فلابد أن يكون على بصيرة من الأمر ـ وهو صحيح في موضعه ـ فاما ماهنا فان ظاهره اشتراط ذلك لصحة التوكيل[١].

ويرد عليه أنه لادليل على ذلك؛ لأن علم الوكيل من دون إعلام الموكل لايندفع به الغرر، فإن كان مانعاً اشترط علم الموكل. ثم لايجوز للوكيل البيع إلّا إذا علم القدر، وإن لم يكن مانعاً لم يشترط علم واحد منهما، لكن يجب على الوكيل الاستعلام قبل البيع واعتماد المصلحة ثم بماذا يثبت العلم بقدر ماباع به؟ لاأعلم فيه تصريحاً، وفي الاكتفاء بقول نحو البائع أو المشتري أو الدلال توقف.

ولو نزّلت عبارة الكتاب على أن المستدعي لذلك هوصحة البيع لا الوكالة ـ على انه خلاف الظاهر ـ لم يستقم؛ لأن علم الموكل لايكفي لذلك من دون علم الوكيل، لأنه المتولي للبيع وعهدته عليه، فلابد أن يكون على بصيرة منه.

قوله: (ولو وكّله في مخاصمة غرمائه جاز وإن لم يعينهم).

عملاً بمقتضى العموم،وفي قول للشافعية انه لايجوز حتى يعّين من يخاصمه؛ لاختلاف العقوبة[٢].

---

(١) التذكرة ٢ : ١٢٠.

(٢) المجموع ١٤ : ١٠٦.

الفصل الثاني: في أحكامها، ومطالبه خمسة:

الأول: في مقتضيات التوكيل: إطلاق الاذن في البيع يقتضي البيع بثمن المثل حالاً بنقد البلد، إلّا مايتغابن الناس بمثله، وليس له أن يبيع بدونه أو بدون ماقدّره إن عيّن.

ولو حضر مَن يزيد على ثمن المثل فالأقرب أنه لا يجوز بيعه بثمن المثل،

قوله: (اطلاق الإذن في البيع يقتضي البيع بثمن المثل حالاً بنقد البلد، إلّا مايتغابن الناس بمثله).

لاخلاف في هذا الحكم، والأصل فيه وجوب حمل إطلاق اللفظ على المعهود المتعارف، فإنّ البيع بدون ثمن المثل تخسير وهو خلاف الغالب، إلّا القدر اليسير الذي جرت العادة بالمسامحة به ولايعتد بنقصانه، كدرهم في ألف فان الناس يتغابنون بذلك ولايناقشون به فلا يؤاخذ به الوكيل.

وكذا القول في الحلول والنقد الغالب في البلد،ومن ثم يحمل إطلاق عقد البيع على الحلول والنقد الغالب.

قوله: (وليس له أن يبيع بدونه أو بدون ماقدّره إن عيّن).

إذ لايجوز التصّرف في ماله إلّا بمقتضى الإذن، فإن فعل فهو فضولي، وإن سلّم العين مع ذلك فهو عاد.

قوله: (ولو حضر من يزيد على ثمن المثل فالأقرب انه لايجوز بيعه بثمن المثل).

وجه القرب انه تصّرف يخالف الغبطة والمصلحة، والوكيل مأخوذ عليه أن يكون تصرفه مشتملا على الغبطة.

و لو حضر في مدة الخيار ففي وجوب الفسخ إشكال.

وله أن يبيع على ولده وإن كان صغيراً على رأي،

ويحتمل الجواز؛ لأن اطلاق الوكالة منزل على البيع بثمن المثل، فيجوز البيع به على كل حال. ويُضّعف بأن البيع بثمن المثل في العادة الغالبة إنما هو حيث لايوجد من يشتري بالزائد،فيحمل اطلاق الوكالة على ذلك، وهو الأصح.

قوله: (ولو حضر في مدة الخيار ففي وجوب الفسخ اشكال).

بناء على ماقرّبه من عدم جواز البيع بثمن المثل مع وجود من يشتري بزيادة عنه، لو لم يحضر باذل الزيادة إلاّ بعد وقوع البيع على الوجه المعتبر، لكن كان ذلك في مدة خيار الموكل فهل يجب على الوكيل الفسخ بالخيار ليبيع بالزيادة؟ فيه اشكال ينشأ: من وقوع البيع على الوجه المعتبر، والفسخ لطلب حصول الزيادة تكسّب، وهو غير واجب على الوكيل. ومن أن تصّرف الوكيل مشروط بالغبطة، ولاغبطة في إبقاء هذا البيع مع وجود بذل الزيادة، ولأن البيع بالزيادة مع تحقق بذلها واجب، ولايتم إلاّ بالفسخ فيجب.

فإن قيل: قد امتثل مايجب عليه، والأصل براءة الذمة من وجوب غيره.

قلنا: لانسلم فان الواجب عليه هو البيع بالزيادة حيث أمكن عادة، وهو ممكن هنا فيتعين المصير اليه. والأصح أن وكالته إن كانت شاملة للفسخ بالخيار وجب الفسخ هنا والبيع بالزيادة.

قوله: (وله أن يبيع على ولده وإن كان صغيراً على رأي).

منع الشيخ من بيع الوكيل على ولده الصغير؛ لأنه يكون موجباً قابلاً، ولتطرق التهمة ببيعه على نفسه[1]. وهو ضعيف لما سبق من جواز كون الواحد موجباً

---

(١) المبسوط ٢ : ٣٨١.

لا على نفسه، إلّا أن يأذن الموكل فله أن يتولى الطرفين.

واطلاق الإذن في الشراء يقتضي ابتياع الصحيح دون المعيب، بثمن المثل، بنقد البلد، حالاً، لا من نفسه والتوكيل في البيع يقتضي تسليم

قابلاً باعتبارين، والتهمة مدفوعة بمراعاة المصلحة، والأصح الجواز. واعلم أن ولده الكبير كالأجنبي فيصح بيعه عليه عندنا ـ خلافاً لبعض الشافعية[1] ـ كما يصح بيعه على صديقه.

قوله: (لا على نفسه إلّا يأذن الموكل فله ان يتولى الطرفين).

اطلق الشيخ المنع من بيع مال غيره بولاية، أو وكالة من بيعه على نفسه إلا الجد والأب[2]، وقد سبق في الركن الثالث حكاية قول بأن الواحد لايتولى طرفي العقد.

والأصح أن الوكيل يجوز أن يبيع لنفسه اذا أذن له الموكل في ذلك لابدونه، سواء منع أو أطلق؛ لأن المفهوم من استنابته في البيع البيع على غيره فلا يتناوله الإطلاق ، وليس ببعيد استفادة الاذن من القرينة القوية، كما لو قال: بعه بمائة ولاغرض لي متعلّق بخصوص المشتري، ونحو ذلك.

قوله: (واطلاق الاذن في الشراء يقتضي ابتياع الصحيح دون المعيب، بثمن المثل، بنقد البلد، حالاً، لامن نفسه).

لأن الغالب في المعاملة هو ذلك فيحمل الاطلاق عليه، ولا أثر للزيادة اليسيرة التي يتغابن الناس بمثلها، ولا يجوز أن يشتري من نفسه، كما لايجوز أن يبيع من نفسه إلّا بالإذن كما سبق.

قوله: (والتوكيل في البيع يقتضي تسليم المبيع الى المشتري،

---

(١) المجموع ١٤ : ١٢٢.

(٢) المبسوط ٢ : ٣٨١.

المبيع الى المشتري.

ولايملك الإبراء من الثمن و لا قبضه، لكن هل له أن يسلّم المبيع من دون إحضـار الثمن؟ إشكال، الأقرب المنع، فيضمن لو تعذّر قبض الثمن من المشتري.

ولايملك الإبراء من الثمن ولا قبضه).

أما الحكم الأول فلأن البيع يقتضي إزالة ملك البائع عن المبيع ودخوله في ملك المشتري، فيجب التسليم اليه؛ لأنه من حقوقه، وجعله بعض الشافعية كقبض الثمن في أن فيه وجهين[1].

وأمـا الحكم الثـاني فلعدم تناول الوكالة لواحد من الأمرين؛ فان مفهوم الـوكـالة غير مفهوم الإبراء من الثمن وقبضه، ولايدل على واحد منها بشيء من الـدلالات. وقال أبو حنيفة: إنه يملك الابراء من الثمن ويضمنه[2]، ولافرق بين الصرف وغيره من أقسام البيع خلافاً للشافعية[3].

قوله: (لكن هل له أن يسلّم المبيع من دون احضار الثمن؟ اشكال، الأقرب المنع، فيضمن لو تعذر قبض الثمن من المشتري).

لما ذكر من أن التوكيل في البيع يقتضي تسليم المبيع لا قبض الثمن أوهم جواز تسليم المبيع قبل قبض الثمن فأراد بيان حكمه.

ومنشأ الإشكال: من أن التوكيل في البيع حيث اقتضى الاذن في تسليم المبيع دون قبض الثمن وجب أن يثبت بدونه؛ عملاً بمقتضى التوكيل، اذ لو تخلف عنه لم يكن مقتضى له. ومن اطلاقهم منع الوكيل من تسليم المبيع أولاً.

ووجه القرب فيما اختاره أن التوكيل في البيع لم يقتض تسليم المبيع مطلقاً،

---

(١) المجموع ١٤ : ١١٦.

(٢) المجموع ١٤ : ١١٦.

(٣) المجموع ١٤ : ١١٦ – ١١٧.

ولو دلّت قرينة على القبض ملكه، بأن يأمره ببيع ثوب في سوق غائب عن الموكل، أو في موضع تضييع الثمن بترك قبض الوكيل.

وليس له بيع بعضه ببعض الثمن إلاّ مع القرينة، كما لو امره ببيع عبدين.

بل مع مراعاة الاحتياط للموكل في حفظ الثمن، إذ لادليل يدل على سقوط هذا الحق فيجب الجمع بينهما، فإن تسلم الموكل الثمن أو إبراء المشتري منه، أو حصلت مقاصة به من دينه لم يتوقف تسليم المبيع الى المشتري حينئذٍ على إذنه، وهذا هو الأصح.

فعلى هذا لو سلّم الوكيل المبيع قبل قبض الثمن فتعذر أخذه من المشتري ضمنه الوكيل؛ لتضييعه إياه بالتسليم قبل قبضه. وقال بعض العامة لايضمنه؛ بناء على اقتضاء البيع تسليم المبيع لا قبض الثمن[1]، وليس بشيء.

قوله: (ولو دلت قرينة على القبض ملكه بأن يأمره ببيع ثوب في سوق غائب عن الموكل، أو في موضع تضييع الثمن بترك قبض الوكيل له).

الظاهر أن الوكيل إذا أخل بالقبض هنا فتعذر الوصول الى الثمن يضمنه؛ لأنه المضيّع له، ومثله مالو أذن له في البيع على متغلب والموكل غائب أو عاجز عن الأخذ منه، وقد شهدت القرينة بأنه لولا رجاؤه قبض الوكيل منه لم يامره بالبيع.

قوله: (وليس له بيع بعضه ببعض الثمن إلاّ مع القرينة، كما لو أمره ببيع عبدين).

أي: ليس للوكيل في بيع شيء بيع بعضه ببعض الثمن؛ لأن التوكيل انما هو في بيع المجموع و هو مغاير للأجزاء، ولأن في التبعيض اضراراً بالموكل فلو فعل كان فضولياً.

ولو دلت القرينة المستفادة من الحالات العرفية على التبغيض جاز فعله، كما

---

(١) المجموع ١٤ : ١١٧.

ولـو نص على وحـدة الصفقه لم يجز له التجاوز ،وله حينئذ ان يشتري من المالكين صفقة.

ولو وكله في الشراء ملك تسليم ثمنه، وقبض المبيع كقبض الثمن.

لو أمره ببيع عبدين أو عبيد فانه يملك العقد عليهم جملة وفرادى؛ للعرف المستمر في ذلك، وانتفاء الضرر، ولندور اتفاق من يشتري الجميع جملة واحدة، بخلاف العبد الواحد ونحوه من الأعيان، والأقمشة وغيرها كذلك.

وينبغي الرجوع في ذلك إلى العرف، فإذا اطرد بشيء وجب المصير اليه، وإلاّ فالعين الواحدة لايجوز تبعيضها، والأعيان المتعددة يجوز فيها الأمران.

ولو نص الموكل على شيء لم يجز تجاوزه، فإن فعل فهو فضولي؛ لانتفاء الإذن فيه، وإلى هذا أشار بقوله: (ولو نص على وحدة الصفقة لم يجز التجاوز)سواء تعددت الأعيان أم لا .

قوله: (وله حينئذٍ أن يشتري من المالكين صفقة).

أي: للوكيل حينئذٍ ـ نص له الموكل على وحدة الصفقة في البيع أو الشراء ـ أن يشتري من المالكين صفقة، فيشتري العبدين مثلاً في عقد واحد وإن تعدد المالك؛ لتحقق اتحاد الصفقة باتحاد القبول. وقال الشافعي: لايصح؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان[1]، ويرده انه ليس عقدين وإنما هو واحد في قوة اثنين.

قوله: (ولو وكّله في الشراء ملك تسليم الثمن، وقبض المبيع كقبض الثمن).

وجهه مستفاد مما سبق، لكن قال المصنف في التذكرة: إن الموكل اذا منع الوكيل من تسليم المبيع لم يكن له تسليمه، محتجاً بانه من توابع البيع وتمام العقد. وكـون التسليم مستحقـاً للمشـتري لايقتضي كون المستحق هو تسليم الـوكيل،

---

(١) المجموع ١٤ : ١٢٩.

ولو وكله في التزويج كان له أن يزوجه ابنته، وله أن يرد بالعيب مع الاطلاق، ومع التعيين اشكال،

فالممنوع منه غير المستحق[١]. وليس بواضح؛ لأنه اذا سلّم المشتري الثمن الى الموكل انقطعت سلطنة الموكل عن المبيع، ووجب على من كان بيده تسليمه إلى مالكه. وكذا القول في الثمن في جانب الشراء فليُتأمل ذلك.

قوله: (ولو وكل في التزويج كان له أن يزوجه ابنته).

كما اذا وكله في البيع كان له أن يبيع من ابنه، ومنع بعض العامة من ذلك[٢]، وينبغي أن يجيء هنا على قول الشيخ المنع اذا كانت صغيرة[٣].

ولو وكلته المرأة في تزويجها لم يكن له أن يزوجها من نفسه، لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[٤]، واحتمل في التذكرة مع اطلاق الإذن الجواز[٥]. نعم له أن يزوجها من ابنه ووالده، ولبعض العامة وجهان[٦].

قوله: (وله الرد بالعيب مع الاطلاق، ومع التعيين اشكال).

المراد بـ(الإطلاق): أمره بشراء شيء من غير أن يعين شخصه، ووجه ثبوت الرد هنا: أن التوكيل إنما ينزّل على الشراء الصحيح، فاذا ظهر العيب كان له الرد وشراء ما وكل فيه وهو الصحيح، لكن مقتضى هذا التعليل أن لايصح الشراء أصلاً.

وعلل في التذكرة صحة الشراء بأنه إنما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر،

---

(١) التذكرة ٢ : ١٢٣.

(٢) المجموع ١٤ : ١٢٢.

(٣) المبسوط ٢ : ٣٨١.

(٤) الكافي ٥ : ٣٩٧ حديث ١.

(٥) التذكرة ٢ : ١٤٠.

(٦) المجموع ١٤ : ١٢٥.

فان رضي المالك لم يكن له مخالفته.

وليس مكلفاً بالسلامة في الباطن؛ لأن ذلك لايمكن الوقوف عليه فلا يجوز تكليفه به، ويعجز عن التحرز عن شراء معيب لايظهر عيبه فيقع الشراء للموكل ـ وهو قول اكثر الشافعية[1] ـ كما لو اشتراه بنفسه جاهلاً بعيبه، وحكى عن بعضهم عدم وقوعه عن الموكل[2][3].

لكن يلزم على تعليله هذا عدم جواز الرد للوكيل هنا؛ لأن التوكيل في الشراء لا في الرد، وقد صرح به بعد هذا فقال: وهل يملك الوكيل الرد بالعيب؟ أما عندنا فلا؛ لأنه إنما وكّله في الشراء لا في الرد، وصرح به في الزرع أيضاً[4].

والحاصل أن القول بصحة الشراء للموكل ينافي جواز الرد من دون اذنه، والاحتجاج بأنه أقامه مقام نفسه في هذا العقد ولواحقه، وأنه ربما تعذّر الرد فيحصل الضرر ضعيف؛ لانه إنما أقامه مقام نفسه في الشراء خاصة. وكما يحتمل رضاه بالرد يحتمل عدمه، فمختار التذكرة لايخلو من قوة.

أما مع التعيين ـ وهو التوكيل في شراء شيء بعينه ـ فيه اشكال ينشأ: من أن التوكيل في الشراء لايندرج فيه التوكيل في الرد كما سبق، ولأن المالك قد قطع نظر الوكيل واجتهاده بالتعيين، وربما كان قد اطّلع على عيبه.

ومن أن الظاهر والغالب انه لا يرضى بالمعيب، وقد أقامه مقام نفسه فكان له الرد، وهو ضعيف، والاصح عدم الجواز إلّا بالاذن.

قوله: (فإن رضي المالك لم يكن له مخالفته).

أي: إن رضي بالعيب، وينبغي أن يكـون هذا إذا قلنا بأن للوكيل الرد

---

(١) المجموع ١٤ : ١٢٦.

(٢) المجموع ١٤ : ١٢٦ و ١٢٧.

(٣) التذكرة ٢ : ١٢٣.

(٤) التذكرة ٢ : ١٢٣.

ولو استمهله البائع حتى يحضر الموكل لم تلزم إجابته ، فإن إدعى رضى الموكل استحلف الوكيل إن إدعى علمه على نفي العلم.

ولو ردّه فحضر الموكل وإدعى الرضى وصدّقه البائع بطل الرد إن

فرضي المالك قبله. ولاخفاء في أن هذا مستغني عنه؛ لأن ثبوت الرد للوكيل إنما هو لشمول وكالته اياه، فإذا ملك الموكل منعه مما دل عليه صريح التوكيل فغيره أولى.

ولا سبيل إلى أن يراد رضى المالك بعد فسخ الوكيل؛ لان فعله ماضٍ عليه اذا لم يخالف المصلحة، وكأنه أراد التنبيه على الفرق في هذا الحكم بين الوكيل وعامل المضاربة، فان رضى المالك بالمعيب لايمنع العامل من الرد؛ لأن له حقاً في العين فلا يسقط برضى غيره.

قوله: (ولو استمهله البائع حتى يحضر الموكل لم تلزم إجابته).

حيث ثبت للوكيل الرد بالعيب لو استمهله البائع في الرد حتى يحضر الموكل فربما رضي بالعيب لم تلزم اجابته؛ لثبوت حق الرد ولا دليل على سقوطه، ولأنه لايأمن فوات الرد بهرب البائع، وفوات الثمن بتلفه.

ويشكل بما اذا اقتضت المصلحة ذلك، أو كانت غبطة الموكل في عدم رد ذلك المعيب، فان جواز الاقدام على الرد محل بحث، وبدون المصلحة يبعد القول بالجواز وإن كان ظاهر قوله: (لم يلزم) مشعراً به.

قوله: (فإن ادعى رضى الموكل استحلف الوكيل إن ادعى علمه على نفي العلم).

أي: إن ادعى البائع رضى الموكل بالمعيب لم يسقط الرد بذلك، وإن ادعى علم الوكيل بالرضى أحلفه على نفي العلم؛ لأنه فعل الغير.

قوله: (ولو ردّه فحضر الموكل وادعى الرضى وصدّقه البائع بطل

قلنا بالعزل وإن لم يعلم الوكيل؛ لأن رضاه به عزل للوكيل عن الرد.

ولو رضى الوكيل بالعيب فحضر الموكل واراد الرد فله ذلك إن صدّقه البائع على الوكالة، أو قامت البينة، و إلاّ ثبت الثمن على الوكيل.

الرد ـ إن قلنا بالعزل ـ وإن لم يعلم الوكيل؛ لأن رضاه به عزل للوكيل عن الرد).

أي: لو رد الوكيل المعيب فحضر الموكل وادعى انه رضي بالمعيب قبل أن يرده الوكيل وصدّقه البائع على ذلك بطل الرد ـ أي: تبين بطلانه من حين وقوعه ـ تفريعاً على القول بأن الموكل اذا عزل الوكيل ولم يعلم بالعزل ينعزل من حين عزله إياه.

وإنما قلنا إنه يتبين بطلان الرد بناءً على هذا القول؛ لأن رضى الموكل بالمعيب يقتضي عزل الوكيل عن الرد؛ لأنه يقتضي سقوط حق الرد فتنتفي الوكالة المتعلقة به، فقول المصنف: (لأن رضاه ...) تعليل لقوله: (بطل الرد) على القول بانعزال الوكيل وإن لم يعلم بالعزل.

أما على القول بأنه لاينعزل مالم يعلم بالعزل ـ وهو الأصح على ماسيأتي إن شاء الله تعالى ـ فإنّ الرد ماضٍ ولا أثر لرضى الموكل. وإنما اعتبر المصنف تصديق البائع الموكل على دعوى الرضى؛ لأنه لو كذّبه لم يقبل قوله بدون البينة، لثبوت انفساخ العقد ظاهراً برد الوكيل فلا تقبل دعوى الموكل ماينافيه.

قوله: (ولو رضي الوكيل بالعيب فحضر الموكل وأراد الرد فله ذلك إن صدّقه البائع على الوكالة، أو قامت البينة، وإلاّ ثبت الثمن على الوكيل).

أي: لو رضي الوكيل بالعيب فحضر الموكل وأراد الرد: فإما أن يصدّق البائع الوكيل على الوكالة، أو يكذبه. وعلى التكذيب: فاما أن تقوّم البينة، أولا.

فإن صدّقه على الوكالة أو قامت البينة بها نفذ رد الموكل، وإن انتفى كل من

الثاني: في تنصيص الموكل: لا يملك الوكيل من التصرف إلّا ما يقتضيه إذن الموكل صريحاً أو عرفاً، فلو وكله في التصرف في وقت معيّن لم يكن له التصرف قبله ولا بعده ولو عيّن له المكان تعيّن مع الغرض ، كأن يكون السوق معروفاً بجودة النقد، أو كثرة الثمن، أو حله، أو صلاح أهله، أو مودة بين الموكل وبينهم، وإلّا فلا.

الأمرين حلف البائع على نفي العلم بأن الشراء بالوكالة ـ إن ادّعى عليه العلم ـ ويلزم الوكيل بالبيع ظاهراً، فيجب عليه أداء الثمن كما في سائر النظائر، ولأن الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له، و لامتناع حلف الوكيل اذ لو حلف لامتنع رد الموكل المبيع بيمينه؛ لامتناع ثبوت حق شخص بيمين غيره، واحلاف الموكل ممتنع؛ لانه لاطريق له الى العلم بنية الوكيل.

لكن هنا اشكال: وهو أن رضى الوكيل بالعيب إن كان حيث يصح منه شراء المعيب ويكون وكيلاً في الرد وعدمه، وكان رضاه على وفق المصلحة فلا وجه لرد الموكل على كل حال، لأن فعل وكيله لازم له، و إن كان حيث لايثبت له الرد، أو كان الرضى بالعيب على خلاف المصلحة فلابد من شيء يدل على ذلك في العبارة.

قوله: (الثاني: في تنصيص الموكل: لايملك الوكيل من التصرف إلّا مايقتضيه إذن الموكل صريحاً او عرفاً، فلو وكله في التصرف في زمن معيّن لم يكن له التصرف قبله ولا بعده، ولو عيّن له المكان تعيّن مع الغرض ، كأن يكون السوق معروفاً بجودة النقد، أو كثرة الثمن، أو حله، أو صلاح اهله، أو مودة بين الموكل وبينهم، وإلّا فلا).

كان الأولى في العبارة أن يقول: ولو عيّن له المكان تعيّن مع احتمال تعلق الغرض به، فان الاحوال ثلاثة: أن يعلم تعلق الغرض ،وأن يعلم نفيه، وأن يجهل

ولو عيّن المشتري تعيّن، ولو أمره بالبيع بأجل معيّن تعين.

ولو أطلق البطلان احتمل للجهالة، والصحة لتقييده بالمصلحة.

الأمران. ففي الأول والثالث لاتجوز المخالفة كما صرح به في التذكرة[1]، ويجوز في الثاني، وفي وجه للشافعية لايجوز أيضاً[2].

والفرق بين الزمان والمكان: إن تعلق الغرض بالزمان اكثري، فيجب اتباع تنصيص الموكل فيه. أما المكان فإن تعيينه غالباً يقع اتفاقاً من غير باعث عليه، وإنما الغرض والمقصود حصول الثمن.

ولايخفى مافي هذا الفرق، فانه ما لم يعلم انتفاء تعلق الغرض لاتجوز المخالفة وينبغي أن يستوي في ذلك الزمان والمكان، ولايضر كون تعلّق الغرض في أحدهما أكثرياً.

ولاريب أن عدم مخالفة تنصيص الموكل بحال أولى، ولو أراد النقل عن البلد الذي عيّن له فيه البيع، أو عن بلد التوكيل لم يجز إلاّ بالإذن قطعاً، فإن فعل كان ضامناً، وعلى ماسبق فيصح البيع ان لم يتعلق بمكان التوكيل غرض.

قوله: (ولو عيّن المشتري تعيّن، ولو أمره بالبيع بأجل معيّن تعيّن، ولو أطلق احتمل البطلان للجهالة، والصحة لتقييده بالمصلحة).

يجب على الـوكيل تتبع تخصيصات الموكل، ولايجوز له العدول عنها، ولا التجاوز عنها إلاّ في صورة السوق و نحوها عملاً بمقتضى الإذن، وبه صرح المصنف في التذكرة[3].

ويراعى في تقييدات الـموكـل المفهـوم منها بحسب العرف، فإذا عيّن له

---

(١) التذكرة ٢ : ١٢٥.

(٢) المجموع ١٤ : ١١٨.

(٣) التذكرة ٢ : ١٢٥.

ولو وكله في عقد فاسد لم يملكه، ولا الصحيح.

المشتري أو الأجل لم يجز التجاوز، وإن وكّله في البيع نسيئة وأطلق فلم يعيّن الأجل ففيه وجهان: البطلان للجهالة والغرر، والصحة لأن هذا المقدار من الغرر غير قادح.

واحتمال الضرر مدفوع بتقييد التصرف بالمصلحة، فيحمل الاطلاق على المتعارف بين الناس، وهذا أقوى وإن كان اعتبار التعيين أحوط. وتعبير المصنف في التذكرة يُشعر بسقوط الوجه الأول، فإنه قال: إذا وكّله في البيع نسيئة ولم يعيّن الأجل صح عندنا[١].

قوله: (ولو وكّله في عقد فاسد لم يملكه ولا الصحيح).

مثل أن يقول: اشتر لي شيئاً إلى مقدم الحاج، أو مجيء الغلة، ونحو ذلك. وإنما لم يملك الفاسد؛ لأن الله تعالى لم يأذن فيه، ولأن الموكل لا يملكه فالوكيل أولى.

فعلى هذا لو اشترى كذلك وقبض المبيع كان ضمانه على الوكيل لا على الموكل؛ لانتفاء الوكالة شرعاً، وانتفاء كون يده يده. ولا فرق في ذلك بين كون الوكيل والموكل عالمين بالفساد وعدمه. وعبارة المصنف في التذكرة قبل المطلب الثالث في نسبة الوكالة إلى الجواز يتناول اطلاقها تضمين الموكل باذنه للوكيل في العقد الفاسد وقبض الوكيل إياه[٢].

والحكم غير ظاهر؛ لأن الاذن في العقد الفاسد والقبض الفاسد لا اعتبار به شرعاً.

وإنما لم يملك الصحيح؛ لأنه لم يأذن فيه فيقع فضولياً عندنا وعند اكثر العامة[٣]. وقال أبو حنيفة: يملك بذلك الصحيح؛ لأن الشراء الفاسد يملك عقده،

---

(١) التذكرة ٢ : ١٢٦.

(٢) التذكرة ٢ : ١٣٠.

(٣) المجموع ١٤ : ١٢١، بدائع الصنائع ٥ : ٢٩، المغني لابن قدامة ٥ : ٢٥٢، الشرح الكبير المطبوع مع المغني لابن قدامة ٥ : ٢٤٠.

ولو امره بالشراء بالعين أو في الذمة تعيّن، ولو أطلق أو خيّره تخير، ولو عيّن النقد أو النسيئة تعيّن.

ولو أطلق حُمل على الحلول بنقد البلد، فإن تعدّد فالأغلب، فإن تساويا تخيّر.

ولو باعها نقداً بماله بيعها نسيئة مع تعيين النسيئة صح البيع، إلاّ

فإذا عقد له عقداً صحيحاً فقد ملكه بما هو أولى[١]، وهو واضح البطلان.

قوله: (ولو أمره بالشراء بالعين أو في الذمة تعيّن، ولو أطلق أو خيّره تخيّر، ولو عيّن النقد أو النسيئة تعيّن).

وجهه معلوم مما قدمناه من وجوب تتبع تخصيصات الموكل.

والمراد من أمره بالشراء بالعين أو في الذمة: أن ينص له على ذلك، فلو سلّم إليه الفاً وقال: اشتر كذا بألف ولم يقل: بعينه، ولا قال: في الذمة، بل قال: اصرف هذا في الثمن تخير الوكيل بين الشراء بالعين والذمة؛ لشمول اللفظ لكل منهما، وهو مقرب التذكرة[٢]، وأحد وجهي الشافعية[٣]. ولو دفع اليه ألفاً وقال: اشتر بها كذا فالظاهر أنه أمر بالشراء بالعين؛ لدلالة الباء على المقابلة.

قوله: (ولو أطلق حُمِلَ على الحلول بنقد البلد، فإن تعدد فالأغلب، فإن تساوياً تخيّر).

لوجوب الحمل على الراجح الغالب مع وجوده، ومع انتفائه فلا أولوية.

قولـه: (ولو باعها نقداً بماله بيعها نسيئة مع تعيين النسيئة صح

---

(١) بدائع الصنائع ٥ : ٢٩، المغني لابن قدامة ٥ : ٢٥٢، الشرح الكبير المطبوع مع المغني لابن قدامة ٥ : ٢٤٠.

(٢) التذكرة ٢ : ١٢٧.

(٣) المجموع ١٤ : ١٣٢.

مع الغرض كالخوف على الثمن وشبهه ولو اشترى نسيئة بما أمره به نقداً صح، إلّا مع الغرض كخوفه أن يستضر ببقاء الثمن معه.

ولو وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها، أو أطلق فباع نصفه بثمن المثل للجميع صح وله بيع الآخر.

البيع، إلّا مع الغرض كالخوف على الثمن وشبهه).

أي: لو باع العين المأمور ببيعها نسيئة نقداً بالثمن الذي يسوغ له بيعها به نسيئة: إما للتنصيص عليه، أو بكونه متعارفاً بين الناس صح البيع إن علم أن لاغرض للموكل في النسيئه؛ لأنه قد زاده خيراً، وماعلى المحسنين من سبيل.

وإن علم أن له في النسيئة غرضاً كالخوف على الثمن في الحال، أو احتياجه اليه في وقت الحلول، وخوف خروجه من النفقة، ونحو ذلك لم تجز المخالفة وكان البيع فضولياً، ومثله مالو جهل الوكيل الحال. فلو عبّر المصنف بما يشمل القسمين لكان أولى، وقريب منه قوله :(ولو اشترى نسيئة بما أمره به نقداً صح، إلّا مع الغرض كخوفه أن يستضر ببقاء الثمن معه).

قوله: (ولو وكّله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها، أو اطلق فباع نصفه بثمن المثل للجميع صح وله بيع الآخر).

أما الصحة فلأنه مأذون في ذلك من جهة العرف، فان من رضي بمائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للنصف، ولأنه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره، فكان بمنزلة مالو باعه بمائة ونصف عبد أو ثوب، كذا قال في التذكرة[1].

ولقائل أن يقول: ربما تعلّق الغرض بما نص عليه الموكل؛ لأنه ربما أراد السلامة من نفقة العبد، أو خاف من ظالم يطلبه بسببه، وتعذر بيع النصف الآخر فلابد من العلم بأن لاغرض للموكل في المأمور به بخصوصه. وهذا وارد، إلّا أني لم أجد

---

(١) التذكرة ٢ : ١٢٦.

وكذا لو امره ببيع عبدين بمائة فباع أحدهما بها.

ولو وكّله في شراء عبد معيّن بمائة فاشتراه بخمسين صح، إلّا أن يمنعه من الأقل.

ولو قال: اشتره بمائة لا بخمسين فاشتراه بأقل من مائة وأزيد من خمسين أو أقل من خمسين صح.

مايوافقه.

وأما أن له بيع النصف الآخر؛ فلأنه مأذون له في بيعه والأصل بقاؤه. ويحتمل المنع لحصول غرض الموكل من الثمن، فربما لم يؤثر بيع باقيه للاستغناء عنه. وقد ذكر هذا الأحتمال المصنف في التذكرة[1]، وضعفه ظاهر.

قوله: (وكذا لو أمره ببيع عبدين بمائة فباع احدهما بها).

وجهه معلوم مما سبق، بل الحكم هنا أولى؛ لانتفاء التشقيص ولأنه يجوز له بيع كل منهما بانفراده كما سبق، ولو نصّ له على بيعهما صفقة لم يجز التجاوز.

قوله: (ولو وكّله في شراء عبد معيّن بمائة فاشتراه بخمسين صح، إلّا أن يمنعه من الأقل).

أما الصحة فلأنه مأذون في ذلك عرفاً؛ لأنه من رضي بالشراء بمائة رضي بالشراء بخمسين غالباً. نعم إذا نهاه عن ذلك وجب عدم مخالفة النهي.

قوله: (ولو قال: اشتره بمائة لا بخمسين، فاشتراة بأقل من مائة وأزيد من خمسين، أو أقل من خمسين صح).

لأن الإذن في الشراء بمائة دل عرفاً على الشراء بمادونها بطريق أولى، خرج منه المحصور بصريح النهي فيبقى مافوقها على مقتضى الاذن.

وفيما دونها وجهان، اختار المصنف هنا وفي التذكرة منها الصحة، لثبوت الاذن

---

(١) التذكرة ٢ : ١٢٦.

ولو قال: اشتر نصفه بمائة فاشترى أكثر منه بها صح.

ولو قال: اشتر لي عبداً بمائة فاشترى مساويها بأقل صح.

ولو قال: اشتر لي شاة بدينار، فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بالدينار فالوجه صحة الشراء، ووقوف البيع على الإجازة.

عرفاً فيما نقص عن المائة سوى المنهي عنه، وهو الشراء بخمسين[1]، وهو المختار إلاّ أن يدل دليل على أنه لايرضى بالشراء بما دون الخمسين، كما لو أراد نفع البائع ونحوه، فإن المتجه عدم جواز الشراء بما دون الخمسين حينئذ.

قوله: (ولو قال:اشتر نصفه بمائة فاشترى أكثر منه بها صح).

لاستفادة الاذن في ذلك من العرف.

قوله: (ولو قال: اشتر عبداً بمائة فاشترى مساويها بأقل صح).

أي: لو قال: اشتر عبداً ولم يعيّنه بشخصه بمائة مثلاً، فاشترى عبداً مساوياً لها بأقل من المعيّن صح لمثل ماسبق، وفي بعض النسخ مساويه، ومعناه: مساوي العبد المطلوب شراؤه، والنسخة الأولى أولى؛ لأن المطلوب شراؤه كلي، فكل ماتناوله ذلك الوصف مثلاً فهو المطلوب شراؤه.

قوله: (ولو قال : اشتر لي شاة بدينار فاشترى شاتين، ثم باع إحداهما بالدينار فالوجه صحة الشراء ووقوف البيع على الاجازة).

أي: فاشترى شاتين بدينار، ولابد من التقييد بكون كل واحدة منهما تساوي ديناراً أو إحداهما، أما اذا نقصت كل واحدة منهما عن دينار فإن الشراء لايلزم ويكون فضوليا وإن كان مجموعهما يساوي أكثر من دينار، لأن المطلوب شراء شاة تساوي ديناراً.

إذا تقرر ذلك فلاريب أن البيع في مسألة الكتاب فضولي؛ لأنه لايستفاد

---

(١) التذكرة ٢ : ١٢٦.

ولو أمره بشراء سلعة معينة فاشتراها فظهر فيها عيب فالأقرب أن للوكيل الرد بالعيب.

الاذن فيه من الأمر بالشراء بحال.

وأما الشراء ففيه وجهان أصحها ـ و هو مختار الشيخ[1] والأصحاب[2] ـ صحة شرائها معا للموكل؛ لدلالة الاذن في شراء شاة بدينار على الاذن بشراء شاتين بدينار بطريق أولى، وشهادة العرف المطرد به.

وقد ورد ذلك في حديث عروة البارقي: أن النبي صلى الله عليه وآله أعطاه ديناراً وقال له: «اشتر لنا شاة»، قال: فأتيت الجلب فاشتريت به شاتين بدينار، فجئت أسوقها أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار وأتيت النبي بالدينار وبالشاة فقلت: يارسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم، قال: «وكيف صنعت؟» فحدثته فقال: «اللهم بارك له في صفقة يمينه»[3].

وفي وجه للشافعية أن شراءهما معاً لايقع للموكل، لكن ينظر إن اشتراهما في الذمة فللموكل واحدة بنصف دينار والأخرى للوكيل، ويرد على الموكل نصف دينار، وإن أراد أن يقرر عقد الثانية كان له ذلك، وإن اشتراهما بالعين فواحدة باذنه وأُخرى بدون اذنه فيبني على حكم العقد الفضولي[4]. والمذهب ما قدّمناه، وقد ذكره المصنف في التـذكـرة بقوله: وهو مذهبنـا، نص عليه الشيخ في الخلاف جازماً به[5] وعبارته هنا غير وافية بذلك.

قولـه: (ولـو أمره بشراء سلعة معينة فاشتراها فظهر فيها عيب

---

(١) المبسوط ٢ : ٣٩٧.

(٢) منهم فخر المحققين في الايضاح ٢ : ٣٤٥.

(٣) سنن الترمذي ٣ : ٥٥٩ حديث ١٢٥٨، سنن الدارقطني ٣ : ١٠ حديث ٢٩، مسند احمد ٤ : ٣٧٦.

(٤) المجموع ١٤ : ١٤٢.

(٥) التذكرة ٢ : ١٢٦، الخلاف ٢ : ٨٨ مسألة ٢٢ كتاب الوكالة.

ولو قال: بع بألف درهم فباع بألف دينار وقف على الإجازة.
وليس التوكيل بالخصومة اذناً في الاقرار، ولا الصلح، ولا الإبراء.

فالأقرب أن للوكيل الرد بالعيب).

هذا رجوع عن الاشكال إلى الفتوى، وقد قدّمنا تحقيق هذه المسألة وبيان المختار.

قوله: (ولو قال: بع بألف درهم فباع بألف دينار وقف على الاجازة).

لأن المأتي به غير المأمور بتحصيله،ولاهو مشتمل على تحصيل ما أمر بتحصيله، وتصّرف الوكيل إنما هو بالاذن فاذا عدل عنه كان فضولياً.

وأحتمل قوياً المصنف في التذكرة جواز البيع بذلك ونحوه، إلّا أن يكون له غرض صحيح في التخصيص بالدراهم لاستفادة الاذن في ذلك عرفا، فإن من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار، فجرى مجرى ما اذا باعه بمائة درهم ودينار،ومنع بيعه بالثياب لأنها من غير الجنس، ثم احتمل مع الزيادة الجواز[1].

ويشكل بأن القرائن العرفية وإن دلت على حصول الرضى بذلك التصرف، إلّا أن ذلك لايعد اذناً، ولأنه لايكفي حصول الرضى بعد، بل لابد من حصوله قبل التصرف أما بصريح الاذن أو لدلالته عليه بطريق أولى.

وإنما يكون ذلك حيث يكون المسكوت عنه من جنس المذكور لفظاً ولأن فتح هذا الباب يفضي إلى الحكم على الغير بمجرد التخمين، ومال الغير يجب أن تكون صيانته وحرمته أزيد من ذلك، نعم لو احتف التوكيل بقرائن قوية تشهد بشيء معيّن لم استبعد التعويل عليها.

قوله: (وليس التوكيل بالخصومة اذناً في الاقرار، ولا الصلح، ولا

---

(١) التذكرة ٢ : ١٢٥.

ولو وكله على الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله المـوكـل،

الابراء).

لعدم دلالته على شيء من ذلك باحدى الدلالات الثلاث: أما الحكم في الصلح والابراء فقد قال المصنف في التذكرة: لا نعلم فيه خلافاً[1]، وأما الاقرار فقد قال أبو حنيفة ومحمد: يقبل اقرار الوكيل اذاكان في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص[2]. و قال أبو يوسف: يقبل في مجلس الحكم وغيره ، لأن الاقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل في الخصومة كالإنكار[3]، وبطلانه معلوم.

قوله: (ولو وكّله على الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل).

أي: حصل العفو كما يحصل لو فعل ذلك الموكل، وقد سبق في كتاب الصلح التردد في حصول العفو لو صالحه عن القصاص بخمر، وهنا جزم المصنف بحصوله.

و وجه صحة الوكالة هنا: أن الصلح على الخمر وإن كان فاسداً فيما يتعلق بالعوض إلّا أنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص؛ لأن الغرض العفو فيصح التوكيل فيما لو فعله الموكل بنفسه لصح، لأنا نصحح التوكيل في العقد الفاسد. ووجه حصول العفـو في المسألتين أن حقن الدماء أمر مطلوب، والعفو لذلك مبني على التغليب، فيكفي للتمسك به أدنى سبب. وفي كل من المقامين نظر:

أما الأول فلأن العقد الفاسد لما لم يكن مأذوناً فيه شرعاً لم يكن التوكيل توكيلاً شرعياً؛ لأن الموكل فيه حينئذ أمر غير مشروع فلا يترتب على هذ ا التوكيل أثـره، وكونه بحيث لو فعله الموكل يحصل العفو لايقتضي حصوله بفعل من ليس

---

(١) التذكرة ٢ : ١٢٩.

(٢) المجموع ١٤ : ١١٥، بدائع الصنائع ٦ : ٢٤.

(٣) المجموع ١٤ : ١١٥، بدائع الصنائع ٦ : ٢٤.

ولـو صالح على خنزير أو أبرأ فإشكال. وليس للوكيل بالخصومة أن يشهد لموكله فيها، إلّا إذا عزل قبل الخصومة.

بوكيل شرعاً، ولهذا لو وكله في شراء فاسد وقبض المبيع لايتعلق الضمان بالموكل وإن كان لو فعله الموكل لتعلق الضمان؛ لأن يده ليست يد الموكل حينئذٍ.

وأمـا الثاني فلأن العفو وإن كان مبنياً على التغليب، إلّا أنه لادليل على حصوله بالعقد الفاسد المشتمل على العوض الفاسد؛ لأن الفاسد لايترتب عليه أثره، والـرضى الواقع في ضمنه غير معتبر شرعاً؛ لعدم اعتبار ما تضمنه، والأصح بقاء القصاص إلى أن يحصل السبب الشرعي المقتضي للعفو.

قوله: (ولو صالح على خنزير أو أبرأ فإشكال).

أي: لو صالح الوكيل في الصلح على الدم على خمر على خنزير أو أبرأه فاشكال ينشأ: من أن صاحب القصاص قد رضي باسقاطه لافي مقابلة عوض ؛ لأن الخمر لايملكها المسلم، فهو بمنزلة التوكيل في الاسقاط والابراء بأي طريق كان. ومن المخالفة لمقتضى الوكالة فكان كالعفو من الفضولي، وضعف الأول ظاهر.

قوله: (وليس للوكيل بالخصومة أن يشهد لموكله فيها إلّا اذا عزل قبل الخصومة).

لاريب انه إذ كان عدلاً تقبل شهادته على موكله، وله في غير ما هو وكيل فيه، أما ما هو وكيل فيه فان شهد له فيه قبل العزل لم يقبل؛ لأنه متهم حيث يجر إلى نفسه نفعا، وهو ثبوت ولاية التصرف لنفسه.

وإن كان بعد العزل: فان كان قد خاصم الغريم فيه حال وكالته لم يقبل أيضاً، لأنه متهم أيضاً حيث يريد تمشية قوله واظهار الصدق فيما ادعاه أولاً. وإن لم يخاصم سُمعت شهادته عندنا وعند جمع من العامة[1]، وللشافعية خلاف هذا اذا جرى

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٢٦٨.

ولو وكل اثنين بالخصومة ففي انفراد كل منهما إشكال.

ولو وكله في الخصومه لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق، ولا غيره في مجلس الحكم وغيره.

ولو أذن في تثبيت حق لم يملك قبضه، وبالعكس.

الأمر على تواصل[١]، اما اذا طال الفصل فظاهر كلام المصنف في التذكرة التردد في القبول[٢]، وكل من الأمرين محتمل.

قوله: (ولو وكّل اثنين بالخصومة ففي انفراد كل منهما اشكال).

ينشأ: من حصول الغرض بكل منهما، فان المطلوب ذكر الدعوى أو الجواب عند الحاكم. ولايتفاوت الحال في ذلك بالاجتماع والانفراد، بخلاف المعاملات المفتقرة إلى تعاضد الآراء لتحصيل المصلحة، ولعسر الاجتماع في الخصومة.

ومن أن توكيله لاثنين يؤذن بعدم اكتفائه بكل منهما منفرداً، والتعاضد مطلوب في إظهار الحجة ولاعسر في الاجتماع كما في المعاملات، والأصح عدم جواز الانفراد.

قوله: (ولو وكّله في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره، في مجلس الحكم وغيره).

قد سبق حكاية خلاف في ذلك لأبي حنيفة وصاحبيه[٣].

قوله: (ولو أذن في تثبيت حق لم يملك قبضه، وبالعكس).

اي: لو وكله في اثبات حق له على غيره لم يملك قبض ذلك الحق، ولو وكله في القبض فجحد من عليه الحق لم يملك الاثبات، لأن أحدهما غير الآخر فلا يكون التوكيل في أحدهما توكيلاً في الآخر. وللشافعية وغيرهم من العامة اختلاف في

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٢٦٨.

(٢) التذكرة ٢ : ١٢٩.

(٣) المجموع ١٤ : ١١٥، بدائع الصنائع ٦ : ٢٤.

ولو وكله في بيع شيء، أو طلب شفعة، أو قسمة لم يملك تثبيته.

ولو قال: اقبض حقي من فلان فله القبض من وكيله لا من وارثه لو مات، ولو قال: اقبض حقي الذي على فلان كان له مطالبة الوارث.

ولو أذن لعبده في عتق عبيده، أو لغريمه في إبراء غرمائه أو حبسهم، أو لزوجته في طلاق نسائه فالأقرب دخول المأذون.

ذلك(١).

قوله: (ولو وكّله في بيع شيء، أو طلب شفعة أو قسمة لم يملك تثبيته).

لأن أحدهما غير الآخر، وكونه طريقاً اليه عند الجحود لايستلزم تعلق التوكيل به؛ لانتفاء الدليل.

قوله: (ولو قال: اقبض حقي من فلان فله القبض من وكيله لا من وارثه لو مات، ولو قال: اقبض حقي الذي على فلان كان له مطالبة الوارث).

أي: لو وكل في قبض حقه الذي على زيد، اختلف الحكم بإختلاف صيغة التوكيل، ففي الأول إنما يقبض منه أو من وكيله لامن وارثه؛ لأن لفظة من للابتداء، فيقتضي أن يكون مبدأ القبض ومنشؤه المديون فله القبض منه ومن وكيله، لأن يد الوكيل يد الموكل وقبضه قبضه، وليس له القبض من وارثه إذ ليست يد الوارث يد المورث.

وفي الثاني له أن يقبض مطلقاً؛ لأن الموكَل فيه هو قبض الحق من غير تعيين للمقبوض منه، فلا يختلف الحال باختلاف من بيده الحق.

قوله: (ولو أذن لعبده في عتق عبيده، أو لغريمه في إبراء غرمائه أو

---

(١) المجموع ١٤ : ١١٥ و ١١٦، بدائع الصنائع ٦ : ٢١.

المطلب الثالث: في حكم المخالفة:

إذا خالفه في الشراء: فإن إشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح إن أطلق، ويقع له إن لم يجز الموكل،

حبسهم، أو لزوجته في طلاق نسائه فالأقرب دخول الماذون).

وجه القرب صلاحية اللفظ لشموله؛ لأنه عام فيجب التمسك بعمومه، لإنتفاء المخصص ، بناءً على أن المخاطب يدخل في عموم الخطاب، ويدخل عليه وجود المقتضي، وهو العموم وانتفاء المانع، إذ ليس إلّا كونه مخاطباً وهو غير صالح للمانعية.

ويحتمل العدم، بناء على عدم دخوله، فان ذلك هو المتبادر إلى الفهم عرفاً، فانّ كون الشخص مُعْتَقاً ومُعْتِقاً ومُبْرأ ومبرِئٍ لاينتقل الذهن إليه عند اطلاق اللفظ ولايتفاهمه أهل العرف، ولهذا لايجوز له البيع من نفسه إلّا بالاذن. والأصل بقاء الملك والزوجية، وهو مختار الشيخ في المبسوط[1]، وفيه قوة، ولو دلت قرينة على إرادة دخوله عُمل بها.

قوله: (المطلب الثالث: في حكم المخالفة: إذا خالفه في الشراء ثم نقد الثمن صح إن اطلق، ويقع له ان لم يجز الموكل).

المراد بالاطلاق: عدم إضافة الشراء إلى الموكل لفظاً لكن مع قصده نية؛ لأنه لو لم ينوه لم يكن لاجازته تأثير ولافائدة لقوله: (ثم نقد الثمن)؛ لأن الحكم ثابت مع المخالفة المذكورة، سواء نقد الثمن أم لا. وانما يقع له حينئذٍ؛ لان الخطاب معه وقد أضاف الشراء إلى نفسه فتلغو النية ويشكل بما ذكره الشارح الفاضل من أنه أضافه إلى غيره في النية ونفاه عن نفسه ، والعقود تابعة للقصود فلايقع له في نفس الأمر. لكن يؤاخذ به ظاهراً نظراً الى أن البائع إنما يكلّف بالأُمور الظاهرة؛ لامتناع تكليفه

---

(١) المبسوط ٢ : ٤٠٣.

وإن أجاز فالأقرب وقوعه له وإن أضاف الشراء للموكل وقف على الاجازة، وإن اشترى بالعين وقف على الإجازة، فإن فسخ الموكل بطل.

بما خفي عليه من الأمور الباطنة، فيكون وقوعه للوكيل على تقدير عدم إجازة الموكل ظاهراً لا في نفس الأمر.

وهذا كلام صحيح، إلّا أن عبارة المصنف لاتأباه؛ لامكان أن يريد بقوله: (ويقع له) الزامه به ظاهراً، لأنه المبحوث عنه، فإن البحث عن الأحكام الشرعية إنما هو باعتبار الظاهر.

قوله: (وإن أجاز فالأقرب وقوعه له).

وجه القرب: أنه عقد فضولي موقوف على الإجازة فيصح معها، ويحتمل البطلان بناءً على أن الفضولي يقع باطلاً.

كذا حقق الشارح الفاضل[1]، واحتمل الفاضل عميد الدين ألا يقع للموكل؛ لأنه لما اشتراه على خلاف ما أمره ولم يذكره في العقد ولم يشتر بعين المال بل في ذمته وجب أن يقع للوكيل، فلا ينتقل بالإجازة الى الموكل؛ لأن الإجازة لاتنقل ما هو مملوك للغير ملكاً مستقراً الى غيره.

والصواب ما ذكره الأول؛ لأن العقود تابعة للقصود، وتحريره: أن هذا العقد يقع موقوفاً في نفس الأمر لازماً ظاهراً، فاذا أجاز الموكل ثبت له ظاهراً وباطناً بالنسبة الى الوكيل عملاً باقراره، وان لم يجز وقع للوكيل ظاهراً ويبطل بحسب الواقع.

هذا إن قلنا: إن الفضولي يقع موقوفاً على الإجازة، ولو قلنا: بأنه يقع باطلاً لحكمنا بأنه للوكيل ظاهراً دون نفس الأمر. لكن لا يخفى أن قول المصنف: (الاقرب ...) ملتفت في ذلك إلى حال العقد الفضولي لايخلو من إبهام، هذا تحقيق ما هنا.

قوله: (وإن أضاف الشراء للموكل وقف على الاجازة، وإن اشترى

---

(١) ايضاح الفوائد ٢ : ٣٤٧.

ثم إن صدّقه البائع أو ثبت بالبينة وجب عليه رد ما أخذه، و إلاّ حلف وضمن الوكيل الثمن المدفوع.

بالعين وقف على الاجازة، فإن فسخ الموكل بطل، ثم إن صدقه البائع أو ثبت بالبينة وجب عليه رد ما أخذه، وإلاّ حلف وضمن الوكيل الثمن المدفوع).

أي: وإن أضاف الشراء للموكل لفظاً في العقد في صورة المخالفة وقف على الإجازة.

ولا يخفى أن المصنف لو عطف (وإن اشترى بالعين) على ما قبله بلفظ كذا لكان أفصح، ولا غنى عن قوله: (وقف على الاجازة). ولا بد من فرض أنه بعد الثمن يستقيم كلامه الى آخر المسألة، فإن أجاز الموكل الشراء فلا بحث، ولظهوره تركه المصنف وإن فسخ بطل.

لكن على هذا التقدير هل يبطل البيع باطناً وظاهراً فيجب على البائع رد الثمن المدفوع، أم باطناً خاصة فلا يجب؟ ينظر في حال البائع: فإما أن يصّدق الوكيل على مخالفته للموكل، أو لا. وعلى التقدير الثاني: فاما أن تقوم البينة بالمخالفة، أو لا، فان صدّقه أو قامت البينة بذلك وجب عليه رد ما أخذه ثمناً، لظهور بطلان البيع، وإن انتفى الأمران حلف لنفي العلم بالمخالفة إن ادعي عليه العلم بها، ثم يحكم بالبيع ظاهراً للوكيل، ويجب عليه للموكل عوض الثمن المدفوع؛ لاعترافه بأنه عاد بدفعه.

وأعلم أن قوله: (وقف على الاجازة) ـ فيما إذا اضاف الشراء للموكل، واذا اشترى بالعين من غير اشعار بالقول بالبطلان يؤذن بأن المراد بالاحتمال المقابل للأقرب في المسألة السابقة غير القول بالبطلان لانه ـ آت هنا، ولم يُشعر كلامه به، إلاّ أنه ليس للعبارة محمل صحيح سواه.

ولو خالفه في البيع وقف على الاجازة.

ولو أذن له في الشراء بالعين فاشترى في الذمة كان له الفسخ، ولو إنعكس احتمل اللزوم، لأن إذنه في عقد يوجب الثمن مع تلفه يستلزم الاذن في عقد لا يوجب الثمن إلّا مع بقائه، والبطلان؛ للمخالفة، وتعلق الغرض وهو تطرق الشبهة في الثمن، أو كراهة الفسخ بتلف العين.

قوله: (ولو خالفه في البيع وقف على الاجازة).

أي: في كل صور المخالفة بخلاف مسألة الشراء؛ لانه قد يشتري في الذمة ولا يضيف فيقع له مع عدم الاجازة.

قوله: (ولو اذن له في الشراء بالعين فاشترى في الذمة كان له الفسخ، ولو انعكس احتمل اللزوم؛ لأن اذنه في عقد يوجب الثمن مع تلفه يستلزم الاذن في عقد لايوجب الثمن إلّا مع بقائه، والبطلان للمخالفة، وتعلق الغرض وهو تطرق الشبهة في الثمن أو كراهة الفسخ بتلف العين).

إذا أذن الموكل للوكيل في الشراء بالعين فاشترى في الذمة فهو فضولي وجهاً واحداً؛ لأن إيجاب الثمن عليه على تقدير تلف المدفوع ضرر بيّن، فلا يلزم من الإذن في الشراء بالعين الإذن في الشراء بالذمة.

ولو انعكس الفرض ففيه وجهان: أحدهما اللزوم؛ لاستفادة الاذن بطريق أولى، وذلك لأن الاذن في العقد الذي يتطرق اليه الضرر المذكور يقتضي الاذن فيما خلا عنه بطريق أولى، فيستفاد الاستلزام الذي ادعاه المصنف في العبارة من باب مفهوم الموافقة إن تم، وهو الذي ترشد اليه عبارة التذكرة[1].

وربما وُجّه بأن الاذن في الشراء بالذمة يوجب الثمن على كل حال من حالتي التلف وعدم اذن في مجموع، والاذن في الشراء على وجه يوجب الثمن مع بقائه جزؤه،

---

(١) التذكرة ٢ : ١٢٧.

ولو باع بدون ثمن المثل وقف على الاجازة، وكذا لو إشترى بأكثر منه.

ولـو أذن له في تزويج امـرأة فزوّجه غيرها، أو زوجه بغير إذنه فالأقرب الوقوف على الإجازة، فان أجاز صح العقد، و إلاّ فلا.

والاذن في الكل اذن في اجزائه. وليس بشيء؛ لان الشراء بالعين ليس جزءاً للشراء بالذمة بل هو مناف له، فلا يتعدى الاذن اليه من هذه الجهة. وأصحها العدم؛ لأن المذكور ضررٍ باعتبار ونفع باعتبار آخر، فان الغرض قد يتعلق بتملك المبيع على كل حال.

وربما عرض للبائع على تقدير تلف الثمن المعين ما يصرفه عن البيع، وربما كره كون المدفوع ثمنا؛ لتطرق الشبهة عنده اليه ونحو ذلك من المقاصد، والأصح أنه فضولي.

واعلم أن المـراد من قوله: (والبطلان للمخالفة) عدم اللزوم مجازاً بقرينة اللزوم المذكور في الاحتمال الأول، ولأن الفضولي عنده موقوف، وكذا المراد بقوله: (وكراهة الفسخ) الانفساخ وهو ظاهر.

قولـه: (ولـو باع بدون ثمن المثـل وقف على الاجازة، وكذا لو اشترى بأكثر منه).

للمخالفة، سواء عيّن له ذلك الثمن أو أطلق فإن الإطلاق محمول عليه.

قوله: (ولو اذن له في تزويج امرأة فزوجه غيرها أو زوجه بغير اذنه فالأقرب الوقوف على الاجازة، فإن أجاز صح العقد، وإلاّ فلا).

أي: لو أذن له في تزويج امرأة معيّنة فزوجه غيرها، أو زوجه فضولياً ابتداءً من غير سبق توكيل له الى آخره.

ووجه القرب في المسألتين ما سيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب النكاح من

والأقرب إلزام الوكيل بالمهر أو نصفه مع إدعاء الوكالة.

أما لو عرفت الزوجة أنه فضولي فالوجه سقوط المهر مع عدم الرضى.

ولـو وكله في بيع عبد بمائة فباعه بمائة وثوب صح،

أن عقـد النكاح الفضولي موقوف على الإجازة ولا يقع باطلاً من رأس، وكل من العقدين فضولي، أما الثاني فظاهر، إذ ليس هو من مسائل هذا الباب، وأما الأول فلأنه خلاف الموكل فيه، والبطلان قول آخر وهو المقابل للأقرب.

قوله: (والأقرب إلزام الوكيل بالمهر أو نصفه مع ادعاء الوكالة).

أي: والأقرب في مسألتي التزويج السابقتين إلزام الوكيل بالمهر، أو نصفه على اختلاف القولين للأصحاب كما سيأتي بيانه، وبيان أن الأصح عدم لزوم شيء بمجرد ذلك إن شاء الله تعالى.

لكن هذا إنما هو على تقدير ادعائه الوكالة في النكاح على الوجه المأتي به وجهالة المرأة؛ لأنه حينئذٍ يكون غاراً. أما اذا عرفت الزوجة أنه فضولي سواء كان بقوله، أو بوجه آخر، أو لأنه لم يدع الوكالة فإن ظاهره أنه فضولي، ولأنه لا غرور من قبله حينئذٍ، فالوجه عند المصنف سقوط المهر مع عدم الرضى، والى هذا اشار بقوله: (أما لو عرفت الزوجة...).

وهذا التفصيل الذي اختاره المصنف لم يذكره القائلون بوجوب المهر أو نصفه، بل أطلقوا القول بالوجوب، وظاهر أنه لا وجه لضمان الوكيل شيئاً من المهر أو نصفه مع علمها بالحال؛ لاقدامها على ذلك عالمة.

واعلم أن موضع هذه المسألة هو أحكام النزاع، وذكرها هنا من حيث حصول المخالفة من الوكيل واستيفاء أحكامها يأتي هناك إن شاء الله تعالى.

قوله: (ولو وكله في بيع عبد بمائة فباعة بمائة وثوب صح).

وكل تصرف خالف الوكيل فيه الموكل فحكمه حكم تصرف الأجنبي.

وإذا وكله في الشراء فامتثل وقع الشراء عن الموكل، وينتقل الملك

أسند المصنف القول بالصحة فيما إذا باع الوكيل بالثمن المعيّن وزيادة من غير الجنس الى علمائنا، سواء كانت الزيادة قليلة أو كثيرة، وسواء كانت من الأثمان أو لا.

ويدل عليه أن الاذن بالبيع بمائة يقتضي الإذن بالبيع بها مع زيادة بطريق أولى، والعرف قاضٍ بذلك. وفي وجه للشافعية أنه لا يجوز للمخالفة[1]، وفيه منع.

وفي بعض حواشي شيخنا الشهيد ما حاصله: أن الزيادة ليست من جنس الثمن المعيّن، وهي في مقابل بعض العبد، فهي في قوة بيع بعضه بثوب، ومعلوم مخالفته، فاحتمل أن يصح البيع فيما قابل المائة، ويقف فيما قابل الثوب على الاجازة، كما لو أذن له ببيعه بمائة فباع بعضه بها. ونقل عن التحرير اشكالاً في المسألة[2]، ولم أظفر به.

ولقـائل أن يقول: ما ذكره مدفوع بإستفادة الاذن في ذلك بطريق أولى، ومقابلة مجموع الثمن بمجموع المبيع وإن تضمن مقابلة الأجزاء بالأجزاء، إلاّ أنه لا يلزم أن يكون بعض العبد مبيعاً بثوب، والمخالفة الممنوع منها تتحقّق بذلك لا بالبيع بالمائة والزيادة. فظهر الفرق بين هذه وبين ما إذا باع البعض بالثمن المعيّن، فإن البعض الأخر لا يجوز بيعه بثوب مثلاً.

قوله: (وكل تصرف خالف الوكيل فيه الموكل فحكمه حكم تصرف الأجنبي).

يقع موقوفاً على الاجازة لأن الوكيل أجنبي بالنسبة إلى ذلك التصرف.

قوله: (وإذا وكله في الشراء فامتثل وقع الشراء عن الموكل وينتقل

---

(١) المجموع ١٤ : ١٤٠.

(١) التحرير ١ : ٣٣٨.

إليه لا إلى الوكيل، فلو اشترى أبا نفسه لم ينعتق عليه.

الملك إليه لا الى الوكيل).

لا خلاف في ذلـك عنـدنا على ما ذكره في التذكرة[١]، وهو أصح القولين للشافعي[٢]؛ لأن الوكيل قبل عقداً لغيره فوجب أن ينتقل الملك الى ذلك الغير دونه.

وقال أبو حنيفة: إنه يقع للوكيل أولاً ثم ينتقل إلى الموكل؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالـوكيل، بدليل انه لو اشترى بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل، ولأن الخطاب إنما جرى مع الوكيل واحكام العقد تتعلق به[٣].

وجوابه: أن تعلق أحكام العقد بالوكيل ممنوع، ودخوله في ملكه لو اشترى للموكل بأزيد من ثمنه إنما هو ظاهراً حيث لا يضيف الشراء، والخطاب إنما جرى على سبيل النيابة فيكون أثره للمنوب، وينتقض بشراء الأب للطفل، وكذا الوصي فانه ينتقل الى الطفل ابتداء.

ويلزم على قولـه؛ أنه لو اشترى الوكيل أبا نفسه وجب أن ينعتق عليه، واللازم البطلان اتفاقاً. ومن هذا يعلم أن تفريع المصنف قوله: (فلو اشترى أبا نفسه لم ينعتق عليه). على عدم انتقال الملك الى الوكيل غير حسن؛ لأن ذلك لا يخالف فيه أحد.

مسألة: إذا وكله في عقد كبيع وشراء تعلقت أحكام العقد من رؤية المبيع أو المشترى بالوكيل دون الموكل، حتى تعتبر رؤية الوكيل للمبيع دون الموكل، ويلزم العقد بمفارقة الوكيل مجلس العقد، ولا يلزم بمفارقة الموكل إن كان حاضراً. وتسليم رأس المال في السلم، والتقابض حيث يشترط التقابض يعتبران قبل مفارقة الوكيل والفسـخ بخيار المجلس، والرؤية تثبت للوكيل، والأقرب انه يثبت للموكل. وقال

---

(١) التذكرة ٢ : ١٣٠.

(٢) المجموع ١٤ : ١٤٦.

(٣) بدائع الصنائع ٦ : ٣٣، المجموع ١٤ : ١٤٧.

وإذا باع بثمن معين ملك الموكل الثمن، وإن كان في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة.

بعض الشافعية: تثبت للوكيل دون الموكل[١][٢].

قوله: (وإذا باع بثمن معيّن ملك الموكل الثمن، وإن كان في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة).

لاريب أن ملك الثمن ينتقل إلى الموكل في الصورتين، لكن أنكر أبو حنيفة جواز مطالبة الموكل بالثمن محتجاً؛ بأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل[٣].

فإن قيل: إطلاق ثبوت المطالبة بالثمن للوكيل ينافي ما سبق من أنه لا يملك قبض الثمن إلّا بالإذن.

فالجواب عنه من وجهين:

الأول: إن المنع من القبض لا يقتضي المنع من المطالبة، إذ ليس من لوازم المطالبة القبض فيطالب به، وعند الاقباض يقبض الموكل. وفيه نظر؛ لأنه لا سلطنة للوكيل على الثمن بدون الإذن لعدم تناول التوكيل فلا يملك المطالبة به أيضاً.

الثاني: إن هذا الكلام مسوق للرد على أبي حنيفة، حيث أنكر ثبوت المطالبة بالثمن للموكل فأطلق الحكم في الوكيل؛ اعتماداً على ما سبق من أنه لا يملك القبض إلّا بالإذن[٤].

وعلى ظاهر العبارة مؤاخذة، وهي أن حكمه بملك الموكل الثمن في الأُولى يوهم عدمه في الثانية، كما أن حكمه بثبوت المطالبة لكل من الوكيل والموكل في الثانية يوهم خلافه في الأُولى، مع أن تعيين الثمن لا يدفع الاحتياج إلى المطالبة. والظاهر أن خلاف أبي

---

(١) المجموع ١٤ : ١٣٥.

(٢) هذه المسألة باكملها لم ترد في نسخة ((ك)).

(٣) بدائع الصنائع ٦ : ٣٣.

(٤) بدائع الصنائع ٦ : ٣٣.

وثمن ما اشتراه في الذمة يثبت في ذمة الموكل وللبائع مطالبة الوكيل إن جهل الوكالة، وحينئذٍ لو أبرأه لم يبرأ الموكل.

وإذا اشترى معيباً بثمن مثله وجهل العيب وقع عن الموكل، وإن علم وقف على الإجازة مع النسبة، وإلّا قضى على الوكيل،

حنيفة في الصورتين معاً.

قوله: (وثمن ما اشتراه في الذمة يثبت في ذمة الموكل، وللبائع مطالبة الوكيل إن جهل الوكالة، وحينئذٍ لو أبرأه لم يبرأ الموكل).

لا خلاف في هذه الأحكام عندنا، لكن نقل في التذكرة[1] عن بعض العامة: أن الثمن يثبت في ذمة الوكيل تبعاً، فللبائع مطالبة من شاء منهما، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل، وإن أبرأ الموكل برأ الوكيل أيضاً[2]. وهذا اذا علم الوكالة، فان جهلها فان ما يطالب به الوكيل. ومتى ثبتت المطالبة للوكيل، فاذا أبرأه البائع من الثمن لم يبرأ الموكل؛ لأن الثمن في ذمته في نفس الأمر ولا شيء في ذمة الوكيل.

واعلم أنه إذا كان الثمن في يد الوكيل فللبائع مطالبته به ايضاً، سواء كان ما بيده مُعيّنا في العقد أم لا، بأن دفعه إليه الموكل ليصرفه ثمناً فاشترى في الذمة، وعبارة المصنف لاتنافي هذا، وسيأتي تحقيق ذلك في كلامه قريباً إن شاء الله تعالى.

قوله: (وإذا اشترى معيباً بثمن مثله وجهل العيب وقع عن الموكل).

لأن التوكيل محمول على شراء صحيح ظاهراً، لا في نفس الأمر؛ لأن العيب قد يخفى على أهل المعرفة، فالتكليف بالسلامة في نفس الأمر تكليف بما لايطاق.

قوله: (فإن علم وقف على الإجازة مع علم النسبة).

---

(١) التذكرة ٢ : ١٢٨.

(٢) المجموع ١٤ : ١٣٤.

وإن كان بغبن وعلم لم يقع عن الموكل إلاّ مع الإجازة، وإن جهل فكذلك.

أي: فان علم بالعيب وقت الشراء فهو فضولي؛ لعدم تناول التوكيل إياه فيقف على الإجازة. لكن هذا إنما هو مع النسبة، والمراد بها نسبة الشراء إلى الموكل في العقد،أما إذا خلا العقد من النسبة لفظاً فانه يقضى على الوكيل بالشراء ظاهراً إن لم يصدّقه البائع على إرادة الموكل، فيطالبه بالثمن حينئذ، وهذا هو المراد بقوله: (وإلاّ قضي على الوكيل).

قوله: (وان كان بغبن وعلم لم يقع عن الموكل إلاّ مع الإجازة).

لأن اطلاق الأمر بالشراء محمول على ثمن المثل، فإذا اشترى بزيادة عالماً بالحال كان فضولياً، فيقف على الإجازة مع النسبة، وبدونها يقضى على الوكيل. وإنما سكت عن ذلك؛ لاستفادته من المسألة السابقة.

قوله: (وإن جهل فكذلك).

أي: وإن جهل الغبن وقت الشراء فالحكم كما إذا كان عالماً، والفرق بين الغبن والعيب: أن العيب قد يخفى فلا يمكن التكليف بشراء الصحيح، بخلاف الغبن فانـه يمكن الـوقوف عليه بأدنى ملاحظة؛ لاشتهار القيمة عند اهل المعرفة.

وفي حواشي شيخنا الشهيد: أن هذا من الفروق المنسوبة إلى المصنف، قال: وفيه اعتراف بأن العيب إن كان مثله لا يخفى على مثله كان كالغبن، وإن الغبن إذا كان مثله يخفى على مثله كان كالعيب.

وفيه مناقشة؛ لأن الخفاء على مثله اذا لم يكن من أهل المعرفة لا أثر له؛ لأنه يجب عليه التفحص من أهل المعرفة. نعم يمكن أن يقال: إن بعض الغبن قد يخفى جداً كما في قيم الجواهر وما جرى مجراها، وبعض العيوب قد يسهل الوقوف عليها ويطلع عليها من أهل الخبرة بسهولة، فيكون مقتضى الفرق المذكور اللزوم فيما يخفى غالبا من العيب والغبن دون ما لا يخفى منها.

وكل موضع يبطل الشراء للموكل، فإن سماه عند العقد لم يقع عن أحدهما، وإلاّ قضى به على الوكيل ظاهراً.

المطلب الرابع: في الضمان: الوكيل أمين لا يضمن ما يتلف في يده إلاّ مع تعد أو تفريط، ويده يد أمانة في حق الموكل فلا يضمن وإن كان بجعل.

وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه، ولا يضمنه بتأخيره إلاّ مع الطلب وإمكان الدفع، ولا يضمن مع العذر فان زال فأخر ضمن.

قوله: (وكل موضع يبطل الشراء للموكل فان سمّاه عند العقد لم يقع عن أحدهما).

قد سبق في أول المطلب أنه إذا سمّى الموكل مع المخالفة، ولم يُقم البينة عليها يضمن الوكيل الثمن المدفوع فيكون الشراء له ظاهراً.

ولعل المصنف يريد: لم يقع عن أحدهما في نفس الأمر، إلاّ أن قوله بعد: (وإلاّ قضي به على الوكيل ظاهراً) يُشعر بأنه يريد في الأول عدم الوقوع عن أحدهما ظاهراً و باطناً، وإلاّ لم يكن للتفصيل وجه.

قوله: (المطلب الرابع: في الضمان: الوكيل أمين لا يضمن ما يتلف بيده إلاّ بتعد أو تفريط، ويده يد أمانة في حق الموكل فلا يضمن وإن كان بجعل).

يلوح من كلامهم أنه لا خلاف في ذلك بين علماء الاسلام.

قوله: (واذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده، ولا يلزمه تسليمه قبل طلبه، ولا يضمنه بتأخيره إلاّ مع الطلب وإمكان الدفع، ولا يضمن مع العذر، فان زال فأخر ضمن).

ولو وعده بالرد ثم إدعاه قبل الطلب لم يسمع منه إلّا أن يصدّقه الموكل، وفي سماع بينته إشكال.

العذر قد يكون شرعياً كما لو كان يصلّي فطلبه منه، أو ضاق الوقت فتشاغل بالصلاة. وقد يكون عرفياً كما لو كان في الحمّام، أو يأكل الطعام، ونحو ذلك. صرح به في التذكرة[1].

(وذهب في التذكرة في كتاب الوديعة إلى أنه لو أخّر لكونه في صلاة نافلة ونحوها ضمن)[2][3].

قوله: (ولو وعده بالرد ثم ادعاه قبل الطلب لم يسمع منه إلّا أن يصدّقه الموكل، وفي سماع بينته اشكال).

اي لو وعد الوكيل الموكل برد الثمن حين طلبه منه، ثم ادعى حصول الرد قبل الطلب فيكون مرجع الضمير البارز في ادعاه هو الرد، وهو المتبادر إلى الفهم والمناسب لقوله: (قبل الطلب).

ويحتمل عوده إلى ما يدل عليه ما سيأتي من كلامه ـ وهو التلف ـ إلّا أن الحكم هنا لا يختص بما إذا ادعى التلف قبل الطلب، بل ادعى حصوله قبل الوعد فالأمر كذلك أيضاً، فكان الأولى أن يقول: ثم ادعاه قبل الوعد؛ لأنه اشمل. وعلى كل تقدير فالحكم لا يختلف وإن كانت دعوى الرد قبل الطلب أظهر في التناقض.

إذا عرفت هذا، فإذا ادعى ذلك لم تسمع دعواه؛ لأنه مكذّب لنفسه؛ لأن الوعد بالرد يقتضي بقاء الثمن عنده، إلّا أن يصدّقه الموكل على دعواه، لأن اقراره على نفسه ماض. فلو أقام بيّنة بدعواه حيث لم يصدقه ففي سماعها اشكال ينشأ: من أن البيّنة بمنزلة اقرار المدعى عليه يثبت بها مالو أقر الخصم به حكم عليه بمقتضاه،

---

(١) التذكرة ٢ : ١٣٠.

(٢) التذكرة ٢ : ٢٠٥.

(٣) ما بين القوسين لم يرد في نسخة «ك».

ولو لم يعده لكن مطله برده مع إمكانه، ثم ادعى التلف لم يقبل منه إلّا بالبينة.

وهاهنا لو أقر الموكل بذلك نفذ فكذا البينة، واختاره الشيخ في المبسوط)[١].

ومن أن دعـواه غير مسمـوعة فلا تسمع ببينة؛ لأن سماعها فرع سماع الـدعـوى، فحيث لم تكن مسموعة لم تقبل البينة، لأن شرط قبولها ممن له أهلية الدعوى سبق الدعوى الصحيحة عليها، والشرط منتف هنا. ولأنه مكذِّب لها بوعده السابق، وكل من أكذب بينته لم تسمع منه، وهذا أقوى؛ لأن البينة ليست كالإقرار من كل وجه.

نعم لو أظهر تأويلاً لوعده كنسيانه، أو اعتماده على قول وكيله، أو مكتوب ورد اليه، ونحو ذلك قبل؛ لأن ذلك مما تعم به البلوى. وقد يعول الشخص في أمثال ذلك على ظاهر الحال فلو بلغت المؤاخذة به هذا الحد لزم الضرر.

قوله: (ولو لم يعده لكن مطله برده مع امكانه، ثم ادعى التلف لم يقبل منه إلّا بالبينة).

أي: لو لم يعد الوكيل الموكل بالرد في الصورة السابقة لكن مطله بالرد مع إمكانه، بأن أخّره من غير عذر فإنه يصير ضامناً بذلك ويخرج عن الأمانة. فإذا ادعى التلف المعهود سابقاً ـ وهو التلف قبل الطلب ـ لم يقبل منه ذلك إلّا بالبينة وإنما نزّلنا العبارة على دعوى التلف المعهود؛ لأنه لولاه لم يحتج في تصوير المسألة الى قوله: (ولو لم يعده)؛ لأنه لو ادعى التلف الطارئ بعد الوعد قبلت دعواه بالبينة، إذ لا تنافي حينئذ.

وإنما لم يقبل قوله إلّا بالبينة؛ لأنه صار ضامناً وخرج من الأمانة، كذا علل في التذكرة[٢].

---

(١) المبسوط ٢ : ٣٧٤.

(٢) التذكرة ٢ : ١٣٧.

ولو أمره بقبض دينار من مال مودع فقبض دينارين فتلفا فللمالك مطالبة من شاء بالزائد، ويستقر الضمان على الوكيل، والأقرب ضمان المأذون فيه.

ويرد عليه أن الضمان لا ينافي قبول دعوى التلف باليمين، كما تقدّم في الغاصب مع أنه مؤاخذ بأشق الأحوال.

اذا عرفت ذلك، فإذا قامت البيّنة بالتلف قبل المطل فلا ضمان، سواء كان عالماً بالتلف حين المطل أم لا.

قوله: (ولو أمره بقبض دينار من مال مودّع فقبض دينارين فتلفا فللمالك مطالبة من شاء بالزائد، ويستقر الضمان على الوكيل).

أي: بالزائد على القدر المأذون فيه.

أما أن له مطالبة من شاء من المودع والوكيل؛ فلأن المودع قد دفع الوديعة الى غير مالكها بغير اذنه فكان دفعاً غير مبرئ، والوكيل عاد بأخذ الزائد إذ لم يؤذن له فيه.

وأما استقرار الضمان على الوكيل؛ فلأن استقرار التلف في يده والغرر نشأ منه، فإن رجع على المودع رجع المودع على الوكيل، وإن رجع على الوكيل لم يرجع.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المتبادر من قوله: (فقبض دينارين) قبضهما دفعة واحدة، وهو المراد للمصنف،وإلّا لم يستقم قوله: (والأقرب ضمان المأذون فيه على اطلاقه)؛ لأنه لو قبض الدينارين على التعاقب لكان قبض الأول صحيحاً لا ضمان على المودع بسببه.

والمراد من قوله: (والأقرب ضمان المأذون فيه) ضمان الدينار الآخر، وأطلق عليه كونه مأذوناً فيه بإعتبار مساواته له في القدر. ووجه القرب أن المأمور في قبضه هو دينار واحد منفرد غير مختلط، والمقبوض خلاف ذلك، فالمقبوض غير المأذون فيه

ولـو كان من مال الـدافع لم يكن له مطالبة الباعث بأكثر من الدينار، ويطالب الرسول بالزائد.

ولو أمره بقبض دراهم من دين له عليه، فقبض الرسول دنانير عوضها، فإن أخبره الرسول بالإذن بالصرف ضمن الرسول، وإلاّ فلا.

فيتحقق ضمان المقبوض كله، ولأنه لا أولوية لأحد الدينارين على الآخر في كون أحدهما مضموناً دون الآخر.

ويحتمل العدم؛ للاذن في قبض دينار من غير تقييد بكونه واحداً منفرداً؛ والأذن في قبض دينار في الجملة ممكن، كما أن إبراء الذمة من دينار في الجملة ممكن ولا حاجة إلى تشخيصه، فإذا انضم إلى المأذون في قبضه غيره لم يخرج بذلك عن كونه مأذوناً فيه. وكون المجموع غير مأذون في قبضه لايقتضي أن تكون أبعاضه كذلك، ولا حاجة إلى نسبة الضمان وعدمه إلى أحد الدينارين بخصوصه فيرد عدم الأولوية، إذ يكفي تعلّق الحكم بدينار من الدينارين، وفي هذا الاحتمال الأخير قوة.

قوله: (ولو كان من مال الدافع لم يكن له مطالبة الباعث بأكثر من الدينار، ويطالب الرسول بالزائد).

لأن قبضه لأحد الدينارين بإذن الباعث فهو وكيله فيه دون الزائد فهو عادٍ بقبضه، فإذا تلفا فضمان المأذون فيه على الآمر والآخر على الرسول. ويُلزم المصنف هنا ضمان الرسول كلاًّ منهما دون الباعث؛ لأن المأذون فيه هو دينار واحد غير مختلط إلى آخر التعليل السابق.

قوله: (ولو أمره بقبض دراهم من دين له عليه فقبض الرسول دنانير عوضها، فان اخبره الرسول بالاذن في الصرف ضمن، وإلاّ فلا).

أمـا إذا أخبره بالاذن فلأنه قد غرّه فيكون الضمان على الرسول، لتلف

ولو وكله في الإيداع فأودع ولم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع.

ولـو أنكـر الآمر الدفع الى المودع فالقول قول الوكيل؛ لأنها اختلفا في تصرفه فيما هو وكل فيه.

المقبوض عدواناً في يده، إذ المفروض حصول التلف في يد الرسول كما في المسائل السابقة.

وأما إذا لم يخبره فإنه يكون قد صارفه من غير أمره، وقد دفع المديون إلى الرسول غير ما أمره به المرسل، والصرف شرطه رضى المتصارفين، فصار الرسول وكيلاً للباعث في تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به، فإذا تلف في يد وكيله كان من ماله.

قوله: (ولو وكله في الايداع فأودع و لم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع على أصح الوجهين).

و هو مقرب التذكرة[1] في الوديعة، و إن استشكل الحكم في الوكالة؛ و ذلك لأن الإخفاء في الوديعة أمر مطلوب لكل من المودِع و المودَع، لأن ذلك وسيلة إلى حفظها عن الظالم والمتغلب.

ولأن قول المودع مقبول في الرد والتلف فلا يظهر للاشهاد كثير فائدة؛ لأنه اذا قُدّم على الخيانة لم ينفع الإشهاد على وصولها إليه لامكان دعوى التلف، بخلاف أداء الدين.

قوله: (ولو أنكر الآمر الدفع إلى المودع فالقول قول الوكيل؛ لأنها أختلفا في تصرفه فيما وكل فيه).

هل وقع على الوجه المأذون فيه فلا تتوجه عليه مطالبة ولم يصر خائنا أم لا؟ والأصل براءة ذمته وعدم خيانته فيقدّم قوله بيمينه.

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٠٦.

ولو كان وكيلاً في قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على إشكال.

وكل من في يده مال لغيره أو في ذمته له أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بقبضه، سواء قبل قوله في الرد أو لا، وسواء كان بالحق بينة أو لا.

قوله: (ولو كان وكيلاً في قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على اشكال).

قد سبق مثل هذا الإشكال في الرهن وأنه ينشأ: من امتثال ما وكل فيه، ومن التفريط بترك الإشهاد، وأن الأصح الضمان، إلا أن يؤدي بحضرة الموكل فيكون التقصير مستنداً إليه.

قولـه: (و كل من في يده مال لغيره أو في ذمته له أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بقبضه، سواء قبل قوله في الرد أو لا، و سواء كان بالحق بيّنة أو لا).

دفعاً لضرر اليمين عنه، وللشافعية تفصيل في ذلك حاصله: أن من بيده مال الغير: اما أن يقبل قوله في الرد بيمينه ولو ادعاه أو لا، فان قبل قوله بيمينه لم يجز له التأخير؛ لاندفاع محذور الغرم عنه بيمينه.

وإن لم يقبل: فأما أن يكون بالحق بينة أو لا، فإن لم يكن به بيّنة فكذلك؛ لامكان الجواب لو ادعى عليه مرة أُخرى: بأنك لا تستحق عندي شيئاً والحلف على ذلك، وإلاّ كان له التأخير إلى الإشهاد، والحق أن تجشم اليمين ضرر عظيم[1].

واعلم أن قوله: (حتى يشهد صاحب الحق بقبضه) لا يخلو من مناقشة، فإنه اذا لم يدفع إليه كيف يشهد بالقبض، و لو قال: حتى يشهد على قبضه كان أولى، ولا

---

(١) المجموع ١٤ : ١٦٥، الوجيز ١ : ١٩٤.

وإذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه دفع الوثيقة.

وإذا باع الـوكيل ما تعـدى فيه برئ من الضمان بالتسليم الى المشتري، لأنه تسليم مأذون فيه، فكان كقبض المالك.

وإذا وكله في الشراء ودفع إليه الثمن، فهو أو الموكل المطالب به،

فرق بين المديون والغاصب في ذلك.

قوله: (وإذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه دفع الوثيقة).

أي: إذا أشهد صاحب الحق على نفسه إلى آخره، وإنما لم يلزمه دفع الوثيقة؛ لأصالة براءة الذمة من دفع ملكه إلى غيره، ولأنه لا يأمن أن يدّعي عليه الدافع بما أقبضه فيحتاج إلى اليمين لنسيان البينة، ونحو ذلك.

قوله: (واذا باع الوكيل ما تعدّى فيه برئ من الضمان بالتسليم إلى المشتري؛ لأنه تسليم مأذون فيه فكان كقبض المالك).

لاريب أن الملك ينتقل إلى المشتري فالتسليم إليه تسليم إلى المالك حقيقة، غاية مافي الباب أنه لايسوغ له التسليم إلّا بعد قبض الموكل الثمن أو الإذن فيه قبله.

وهل يخرج من الضمان بمجرد البيع قبل التسليم؟ فيه وجهان أصحهما ـ وهو مقرب التذكرة[1] ـ العدم استصحاباً لما كان إلى أن يثبت المزيل، ولعموم: «على اليد ماأخذت حتى تؤدي»[2].

والثاني: نعم؛ لزوال الملك بالبيع وانتقاله إلى آخر ، وضعفه ظاهر؛ لأن زوال الملك لايقتضي زوال الحكم اللازم لليد إلى أن يحصل الأداء إلى المالك.

قوله: (واذا وكله في الشراء ودفع إليه الثمن فهو أو الموكل المطالب به).

---

(١) التذكرة ٢ : ١٣٠.

(٢) سنن البيهقي ٦ : ٩٥، مستدرك الصحيحين ٢ : ٤٧، مستدرك الوسائل ٣ : ١٤٥.

وإن لم يسلم اليه وأنكر البائع كونه وكيلاً طالبه، وإلاّ فالموكل.

ولو تلف المبيع في يد الوكيل بعد أن خرج مستحقا طالب المستحق البائع أو الوكيل أو الموكل الجاهلين، ويستقر الضمان على البائع،

أما الوكيل فلأن الثمن في يده، وأما الموكل فلأن الشراء له والوكيل نائب عنه.

واطلاق العبارة يتناول ما إذا كان الشراء في الذمة وبالعين، ويشكل اذا كان الشراء بعين الثمن الذي في يد الوكيل؛ لأن حق البائع حينئذٍ منحصر في يد الوكيل.

قوله: (وإن لم يسلم إليه وأنكر البائع كونه وكيلاً طالبه وإلاّ فالموكل).

أما الحكم الأول فلأن البيع لازم له ظاهراً، فالثمن عليه والمطالبة له.

وأما الثاني فلأنه اذا اعترف بأنه وكيل ومعبّر عن غيره، والحال أن الثمن ليس في يده فلاحق له عنده، فالمطالبة للموكل خاصة.

وذهب الشيخ إلى أنـه يتخـيّر بين المطالبة من شاء منهما، ويكون دخول الوكيل في هذا التصرف بمنزلة دخول الضامن في الضمان، فإن أعطاه كان له الرجوع على الموكل بما وَزَنَ عنه[1]، وهو ضعيف.

قوله: (ولو تلف المبيع في يد الوكيل بعد أن خرج مستحقاً طالب المستحق البائع، أو الوكيل أو الموكل الجاهلين، ويستقر الضمان على البائع).

إذا وكله في الشراء فاشترى عيناً وقبضها الوكيل حيث يسوغ له القبض، وتلفت في يده بغير تفريط وظهر استحقاقها كان المالك بالخيار في مطالبة كل من البائع والوكيل والموكل.

---

(١) المبسوط ٢ : ٣٩٥.

وهل للوكيل الرجوع على الموكل إشكال.

اما البائع فلاثبات يده على العين، ومثله الوكيل، وأما الموكل فلأن الوكيل سفيره ويده يده فقبضه منسوب اليه.وإنما تكون يد الوكيل يد الموكل هاهنا اذا كان الوكيل جاهلاً بالغصب، أما معه فلا؛ لأن الموكل لم يأذن له في قبض المغصوب مع أن الإذن فيه لا اعتبار به، ويستقر الضمان على البائع؛ لأن الغرور من قبله.

والمراد بالبائع: العالم بالغصب، فلو كان جاهلاً به؛ لِترتب يده على يد غيره فقرار الضمان على ذي اليد العالم بالحال الذي نشأ الغرور منه، فإن رجع المالك على البائع العالم فلا رجوع له على أحد، وإن رجع على الوكيل أو الموكل فله الرجوع على البائع؛ لما قلناه من أن قرار الضمان عليه.

وقال المصنف في التذكرة في هذه المسألة: إنّ للمالك مطالبة الوكيل، فإن لم يكن قد فرّط رجع بما غرمه على الموكل؛ لأنه أمينه لا ضمان عليه. وإن رجع على الموكل لم يرجع على الوكيل بل استقر الرجوع على الموكل[١].

ويشكل بأن قرار الضمان على البائع، ولعله يريد استقرار الضمان عليه بالنسبة إلى الوكيل لا منع الرجوع على البائع، أو أن ذلك فيما عدا زيادة القيمة على الثمن، فإن قرار ذلك على الموكل.

قوله: (وهل للوكيل الرجوع على الموكل؟ اشكال).

أي: على تقدير جهل كل من الوكيل والموكل بالغصب، وكون قرار الضمان على البائع لو رجع المالك على الوكيل فهل له الرجوع على الموكل؟ فيه اشكال ينشأ: من أن يده يده وقبضه منسوب إليه؛ لأنه إنما وقع باذنه، ولأنه دخل على أن لا ضمان عليه بالتلف. وإنما يكون محسوباً من مال الموكل. ومن أن المأذون في قبضه هو المبيع المنتقل إلى ملك الموكل دون ماظهر استحقاقه، فبظهور الاستحقاق انكشف أنه غير

---

(١) التذكرة ٢ : ١٣٢.

ماذون في قبضه للوكيل.

وفيه نظر؛ لأن الاذن تعلّق بقبض المبيع ظاهراً؛ لامتناع تكليفه بها في نفس الأمر، فلا يزول الاذن بظهور الاستحقاق. وتوسّط شيخنا الشهيد فقوّى عدم الرجوع إلاّ مع تعيين السلعة؛ نظراً إلى أنه مع تعيينها فقد وكّله في قبضها فلا يتقيد ذلك بكون البيع صحيحاً، بخلاف ما اذا وكله في قبض المبيع. وفيه النظر السابق، وفي الرجوع مطلقا قوة كما اختاره في التذكرة[1]، وإن كان قرار الضمان على البائع.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن في عبارة المصنف مناقشتين:

الأُولى: قوله: (ولو تلف المبيع في يد الوكيل بعد أن خرج مستحقاً) غير جيد على إطلاقه؛ لأن تقييد التلف بكونه بعد خروجه مستحقاً يُشعر بأنه لو تلف قبل ذلك لا يترتب عليه هذا الحكم، وليس كذلك، بل هو فاسد؛ لأنه إذا تلف في يد الوكيل بعد علمه بالاستحقاق وتأخير الرد يكون قرار الضمان عليه وإن كان جاهلاً وقت قبضه.

الثانية: ان تقييد الوكيل والموكل بكونهما جاهلين ليتوجه مطالبتهما غير جيد، بل يطالبان على كل حال جاهلين كانا أو لا.

نعم إذا كان الوكيل عالماً فلا شيء على الموكل؛ لأنه لم يوكله في قبض المغصوب، إنما وكله في قبض المبيع، وغايته أن يكون مبيعاً بحسب الظاهر، نعم استقرار الضمان على البائع إنما يكون مع جهلهما.

واعلم أن لهذه المسألة مزيد تحقيق يتم بمقدمة وبحثين:

أما المقدمة فهي: أن من اشترى عيناً وتسلّمها وسلم ثمنها وتلفت في يده، ثم ظهر أنها مستحقة فإنّ مالكها بالخيار في الرجوع بقيمتها ـ إن كانت قيمية ـ على البائع وعلى المشتري؛ لأن كلاً منهما جرت يده عليها، فإن رجع على البائع لم يرجع

---

(١) التذكرة ٢ : ١٣٦.

. . . .

على المشتري بالثمن إن كان بقدر قيمتها فما دون؛ لأن المشتري دخل على أنها إذا تلفت يكون تلفها منه في مقابل الثمن وإن كان الثمن أزيد من القيمة رجع بالزيادة من الثمن لفساد البيع، وكون العين مضمونة عليه يقتضي ضمانها بقيمتها دون مازاد وإن رجع على المشتري رجع المشتري بالثمن كيف كان.

ولو زادت القيمة على الثمن فهل يرجع بالزيادة؟ فيه تردد، والأصح الرجوع؛ لأنه دخل على أن المبذول في مقابلها هو الثمن فقط، فحيث غرم زيادة لم تكن محسوبة عليه تحقق غروره فيرجع بها على البائع لا محالة ولا يرجع بشيء آخر.

إذا تقرر ذلك نعود إلى البحثين:

فالأول: في قول المصنف: (ويستقر الضمان على البائع) ويجب تنزيله على أن المراد به ضمان مازاد على الثمن من القيمة، مع استرجاع الثمن على تقدير تسلميه، إذ لايتصور أن يجب على البائع رد الثمن، وضمان القيمة أيضاً، لأن يد المشتري يد ضمان بالثمن، على معنى أن تلف المبيع يكون منه في مقابلة الثمن، فيتحصل من هذا أن قرار الضمان على الموكل، إلاّ فيما زاد من القيمة على مقدار الثمن فان قرار الضمان فيه على البائع.

وإنما قلنا: إن قرار الضمان على الموكل؛ لأن الثمن المدفوع إلى البائع باق على ملكه، فاذا غرم البائع القيمة لم يكن للموكل استرجاع الثمن منه إن كان بقدر القيمة فما دون، نعم لو كان زائداً استحق أخذ الزائد.

والثاني: إن المالك حيث أنه مخيّر في الرجوع على الثلاثة، فمتى رجع على البائع أو الموكل فحكمهما معلوم مما سبق، وإن رجع على الوكيل فما زاد من القيمة على الثمن يتخيّر في الرجوع به على البائع او الموكل وقرار ضمانه على البائع، وهذا أصح الوجهين بالنسبة إلى الرجوع على الموكل.

واما مقدار الثمن فانه يرجع به على البائع إن كان قد قبض ولم يسترجعه

ولو قبض وكيل البيع الثمن وتلف في يده، فخرج المبيع مستحقاً رجع المشتري على الوكيل مع جهله، ويستقر على الموكل، وإلاّ فعليه.

المطلب الخامس: في الفسخ:

الوكالة عقد جائز من الطرفين، لكل منهما فسخها، وتبطل بموت

الموكل، وإن استرجعه فالرجوع به على الموكل قطعاً ولايجيء فيه أشكال، وإن كان في يد الوكيل فلا رجوع له على أحد.

ومن هذا يُعلم أن إطلاق عبارة المصنف الاشكال في رجوع الوكيل على الموكل ليس بجيد، بل جزمه بتخيّر المستحق في الرجوع على من شاء من الثلاثة الذين من جملتهم الوكيل ينافي هذا الاشكال.

قوله: (ولو قبض وكيل البيع الثمن وتلف في يده، فخرج المبيع مستحقاً رجع المشتري على الوكيل مع جهله، ويستقر على الموكل، وإلاّ فعليه).

المسألة مفروضة فيما اذا كان وكيلاً في قبض الثمن وكان التلف بغير تفريط ليسلم من العدوان.

ووجه الرجوع على الوكيل: أنه أثبت يده على مال الغير بغير حق، ويرجع على الموكل لمثل ماقررناه سابقاً لكن مع جهله، فيكون قرار الضمان على الموكل، بخلاف مالإذا كان عالماً، إذ لم يقبض بوكالة الموكل حينئذ؛ لأنه إنما وكله في قبض ما يكون ثمنا ولو بحسب الظاهر لا في قبض مال الغير.

ولو أخّر قوله: (مع جهله) عن قوله: (ويستقر على الموكل) لكان أولى؛ لأن الرجوع على الوكيل مع جهله وعلمه، وإنما يستقر الضمان على الموكل مع جهله.

قوله: (المطلب الخامس : في الفسخ: الوكالة عقد جائز من الطرفين

كل واحد منهما، أو جنونه، أو إغمائه، أو الحجر على الموكل لسفه، أو فلس فيما يمنع الحجر التوكيل فيه. ولا تبطل بفسق الوكيل إلّا فيما يشترط فيه أمانته كولي اليتيم، وولي الوقف على المساكين، وكذا ينعزل لو فسق موكله.

أما وكيل الوكيل عن الموكل فإنه ينعزل بفسقه لا بفسق موكله.

لكل منهما فسخها، وتبطل بموت كل منهما، أو جنونه، أو إغمائه، أو الحجر على الموكل لسفه، أو فلس فيما يمنع الحجر التوكيل فيه، ولا يبطل بفسق الوكيل إلّا فيما يشترط فيه أمانته كولي اليتيم وولي الوقف على المساكين).

كل موضع يشترط لصحة التوكيل كون الوكيل عدلاً تبطل فيه الوكالة بفسق الوكيل؛ لخروجه حينئذٍ عن أهلية التصرف، وذلك كوكيل ولي اليتيم فإنه لايجوز للولي على الطفل ومن جرى مجراه تفويض التصرف له وعليه إلّا لمن كان عدلاً، وكذا وكيل ولي الوقف على المساكين، ونحوه من جهات القرب، ومثله وكيل قسمة الخمس والزكوات ونحوها.

ولايخفى أن عبارة الكتاب لاتخلو من مناقشة، وكان من حقه أن يقول: كوكيل ولي اليتيم وولي المساكين كما صنع في التذكرة[1]. وحمل الولي على الوكيل لايخلو من بعد، مع أنه ليس وكيلاً لليتيم بل لوليه وكذا القول في المساكين. ولو حملت العبارة على إرادة التشبيه، على معنى أن الوكيل ينعزل بالفسق حيث ـ تعتبر أمانته ـ كما ينعزل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين لأشكل اطلاق قوله.

وكذا ينعزل لو فسق موكله، فانه ليس كل موضع يفسق فيه الموكل ينعزل الوكيل الذي شرط أمانته، أما اذا حملت على المعنى الأول فان هذا الحكم صحيح حينئذٍ، لخروج الموكل عن أهلية التوكيل.

قوله: (أما وكيل الوكيل عن الموكل فانه ينعزل بفسقه لابفسق

---

(١) التذكرة ٢ : ١٣٣.

ولا تبطل بالنوم وإن طال زمانه، ولا السكر، ولا بالتعدي مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة وإن لزمه الضمان، فإذا سلّمه الى المشتري برئ من الضمان.

موكله).

قد سبق أن توكيل الوكيل قد يكون عن نفسه، وقد يكون عن موكله. فإن كان عن الموكل لم تبطل وكالته بفسق الموكل ولابفسق الوكيل الأول، وإنما تبطل بفسقه هو، بخلاف ما لو كان وكيلاً عن الوكيل، حيث تشترط أمانته كما في قسمة الزكوات، فإنه ينعزل بفسق نفسه وفسق موكله.

قوله: (ولا السكر).

لبقاء أهلية التصرف، نعم ينعزل الوكيل به حيث تشترط عدالته، وكذا لو فعله الموكل الذي تشترط عدالته أيضاً.

قوله: (ولا بالتعدي).

مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة وإن لزمه الضمان، إذ لامنافاة بين الوكالة والضمان.

قوله: (فإذا سلّم إلى المشتري برئ من الضمان).

ولايبرأ بنفس البيع وإن انتقل به الملك؛ استصحاباً لحكم الضمان إلى أن يحصل التسليم إلى المالك أومن جرى مجراه، ولو تلف حينئذٍ لتلف من مال الموكل.

وهل يشترط لزوال الضمان بالتسليم إلى المشتري قبض الموكل أو وكيله الثمن، أو اذنه في ذلك؟ فيه تردد، وعدم الاشتراط ليس بذلك البعيد؛ لأن تلفه بعد قبض المشتري لايقتضي ان يكون من مال البائع، ولتسليمه إلى المالك له حقيقة، وينبغي تأمل ذلك.

ولو قبض الثمن لم يكن مضموناً، فان ردّ المبيع عليه بعيب عاد الضمان؛ لانتفاء العقد المزيل له على إشكال.

وتبطل بعزل الوكيل نفسه في حضرة الموكل وغيبته،

قوله: (ولو قبض الثمن لم يكن مضموناً).

إذا كان بإذن الموكل، أو على القول بان له قبضه بمجرد التوكيل في البيع.

قوله: (فإن رد المبيع عليه بعيب عاد الضمان لانتفاء العقد المزيل له على اشكال).

ينشأ: من حصول البراءة بتسليم العين الى المشتري، وحدوث الضمان يحتاج إلى سبب ولم يثبت كون انفساخ العقد سبباً، ولانحصار طريق البراءة من الضمان حينئذٍ في التسليم إلى المشتري؛ لأنه المالك ـ وقد حصل ـ فيجب تحقق البراءة واستصحاب حكمها.

ومن أن العقد المزيل للضمان هو القاطع لعلاقة الموكل بالعين؛ وهو منتف هنا، لأن بيع المعيب لاتنقطع به العلاقة، لأن العيب سبب الفسخ، والأُولى ممنوعة. ويمكن تنزيل عبارة المصنف على معنى آخر، وهو أن العقد المزيل للضمان قد انتفى فينتفي ما ترتب عليه، وضعفه أيضا ظاهر، والأصح عدم عوده.

وهنا شيء، وهو أن الوكيل هل له أن يسلّم المبيع حينئذٍ من دون إذن مستانف مطلقاً، أم ذلك اذا لم يعلم المشتري وكالته؟ وهل ينعزل عن الوكالةبفعل هذا البيع أم تبقى وكالته؟

قوله: (ويبطل بعزل الوكيل نفسه في حضرة الموكل وغيبته).

لأن الوكالة عقد جائز من الطرفين، ومقتضى ذلك انفساخ العقد بفسخ كل منهما، فاذا عزل نفسه ثم تصرّف كان فضولياً.

واحتمل في التذكرة صحة التصرف لو كان عزل الوكيل نفسه في غيبة

وبعزل الموكل له، سواء أعلمه العزل أو لا على رأي،وبتلف متعلق الوكالة كموت العبد الموكل في بيعه،

الموكل، عملاً بالاذن العام الذي تضمنته الوكالة، وكذا مع الحضور وعدم الرضى بعزله[1]. وهذا الاحتمال لايخلو من وجه؛لأن الاستنابة في التصرف حق للموكل، ولايزول هذا الاذن بعدم رضى الوكيل، ويؤيده ظاهر قوله عليه السلام: «فأمره ماض أبداً، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل»[2] الحديث.

وفصّل بعض الشافعية فقال:إن كانت الوكالة بصيغة الأمر لم ينعزل بردها، لأن ذلك إذن وإباحة، فأشبه إباحة الطعام[3].

وأبو حنيفة شرط في عزله نفسه حضور الموكل[4].

قوله: (وبعزل الموكل له،سواء أعلمه العزل أو لا على رأي).

أي: ينعزل الوكيل بعزل الموكل له، سواء أعلمه بالعزل أو لا على رأي، وسواء أشهد على العزل أو لا على رأي آخر.

وتحقيق المسألة: ان ابن الجنيد[5]، والشيخ في الخلاف والمبسوط[6]، وجمع من المتأخرين شرطوا لانعزاله إعلامه بالعزل فلا ينعزل بدونه[7].

---

(١) التذكرة ٢ : ١٣٣.

(٢) الفقيه ٢ : ٤٩ حديث١٧٠، التهذيب ٦ :٢١٣ حديث ٥٠٣.

(٣) المجموع ١٤ : ١٥٥.

(٤) المجموع ١٤ : ١٥٦.

(٥) نقله عنه العلامة في المختلف : ٤٣٦.

(٦) الخلاف ٢ : ٨٥ مسألة ٣ كتاب الوكالة، المبسوط ٢ : ٣٦٧.

(٧) منهم المحقق الحلي في الشرائع ٢ : ١٩٣، والشهيد الأول في اللمعة: ١١٦.

واكتفى الشيخ في النهاية[١]، وابن البراج[٢]، وأبو الصلاح[٣] وابن حمزة[٤]، وابن ادريس بالاشهاد على العزل، فينعزل معه وإن لم يعلم، لا بدونه[٥].

واختار المصنف هنا انعزاله بالعزل مطلقاً؛ لأن الوكالة عقد جائز، وحقه أن ينفسخ بالفسخ على جميع الأحوال، وإلّا لكان على بعضها لازماً هذا خلف.

والأخبار عن أمير المؤمنين وأبي عبدالله عليهما السلام بعدم الإنعزال بدون الاعلام كثيرة ـ وإن ضعف بعضها ـ فمنها صحيحة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام: عن رجل وكّل آخر على وكالة في إمضاء أمر من الأمور، وأشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لامضاء الأمر. فقال اشهدوا اني قد عزلت فلاناً عن الوكالة؟ فقال: «إن كان الوكيل قد أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل أن ينعزل عن الوكالة فان الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل، كره الموكل أم رضي»، قلت: فان الوكيل قد أمضى قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر ماض على ما أمضاه؟ قال«نعم».

قلت: له فإن بلغه العزل قبل أن يمضي الأمر ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن له ذلك بشيء؟ قال: «نعم، إن الوكيل إذا وكل ثم قام من المجلس فأمره ماض أبداً، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة أو يشافهه بالعزل عن الوكالة»[٦].

ولأنه لو انعزل قبل العلم لحصل ضرر عظيم؛ لأنه ربما وكله في بيع الجارية فيطأها المشتري، أو الطعام فيأكله، أو الثوب فيقطعه أو ينقله إلى بلاد بعيدة؛ وغير

---

(١) النهاية : ٣١٨.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف : ٤٣٧.

(٣) الكافي في الفقه :٣٣٨.

(٤) الوسيلة : ٢٨٣.

(٥) السرائر : ١٧٦.

(٦) الفقيه ٣ : ٤٩ حديث ١٧٠، التهذيب ٦ : ٢١٣ حديث ٥٠٣.

وكذا لو وكّله في الشراء بدينار دفعه اليه فتلف أو ضاع أو أقترضه الوكيل وتصرف فيه، سواء وكّله في الشراء بعينه أو مطلقاً، لأنه وكّله في الشراء به، ومعناه أن ينقده ثمناً قبل الشراء أو بعده.

ذلك من الأمور التي تعم البلوى بها جمعاً كثيراً، أو يشق الحكم ببطلانها إلى حد لايكاد يطاق، وهذا القول أصح. فعلى هذا إنما ينعزل إذا بلغه ذلك بقول ثقة لا كالفاسق والصبي لما تضمنته رواية هشام.

قوله: (وكذا لو وكله في الشراء بدينار دفعه إليه فتلف أو ضاع، أو اقترضه الوكيل وتصرف فيه، سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقاً؛ لأنه وكله في الشراء به، ومعناه: أن ينقده ثمناً قبل الشراء أو بعده).

أي: وكذا تبطل الوكالة لو وكله في الشراء بدينار دفعه إليه فتلف بوقوعه في نحو البحر وما جرى مجرى ذلك، أو ضاع بنحو سرقة سارق؛ لفوات متعلق الوكالة، وكذا لو اقترضه الوكيل وتصرف فيه.

والظاهر أن التقييد بتصرفه فيه إنما يُحتاج إليه إذا كان الاقتراض بدون إذن الموكل، أما بإذنه فإنه يخرج عن ملكه بالاقتراض فيفوت متعلق الوكالة حينئذٍ.

ولافرق في ذلك بين أن يكون قد وكله في الشراء بعينه أو مطلقاً، لأنه وكله في الشراء به. ومعناه أن ينقده ثمناً في الجملة أعم من أن يكون ذلك حين الشراء أو بعده، فإذا ذهب أو خرج عن ملك الموكل فقد تعسر الشراء به فتعذر فعل متعلق الوكالة. ولأنه لو صح الشراء حينئذٍ للزم الموكل ثمن لم يلتزمه ولا رضي بلزومه.

وأعلم أن قول المصنف في تفسير التوكيل في الشراء بالدينار أن (معناه أن ينقده ثمناً قبل الشراء أو بعده) على ظاهره مؤاخذة؛ لأنه ليس معنى التوكيل في ذلك أن ينقده قبل الشراء ثمناً وهو ظاهر.

وكأنه أراد بها قبل الشراء حين إيقاع العقد، ولايضر وجوب تأخير التسليم

ولو عزل الوكيل، عوضه ديناراً وإشترى به وقف على الإجازة، فان أجازه، وإلّا وقع عن الوكيل.

ولو وكلّه في نقل زوجته، أو بيع عبده، أو قبض داره من فلان، فثبت بالبينة طلاق الزوجة وعتق العبد وبيع الدار بطلت الوكالة.

عن قبض المبيع؛لأنه ربما كان مقبوضاً أو أذن الموكل، أو يقال: هذا معناه اللغوي وإن دل العرف ورعاية الاحتياط على خلافه.

قوله: (فلو عزل الوكيل عوضه ديناراً واشترى به وقف على الإجازة، فان أجازه وإلّا وقع عن الوكيل).

وذلك لأنه بعزل الوكيل لايتعيّن للموكل ويصير من ماله فيبقى على ملك الوكيل، فإذا اشترى به للموكل وقف على إجازته، فإن أجازه فهو له، وإلّا وقع عن الوكيل. وإن أضاف الشراء للموكل اذا لم يصدّقه البائع مع الاضافة على أن الشراء بعين مال الوكيل ولم يثبت ذلك بالبينة، وإلّا بطل.

واعلم أن إطلاق قوله: (فإن أجازه) يقتضي وقوع البيع للموكل مع الإجازة وإن كان الشراء بعين الدينار الذي هو باق على ملك الوكيل، وهو منافٍ لما تقدّم في متعلق الوكالة من أنه لايصح أن يشتري الإنسان بعين ماله مايملكه غيره بذلك العقد، وكلام التذكره موافق لما هنا[1].

ولو وكله في عزل الدينار وقبضه للموكل لم يكن له الشراء به بالوكالة؛ لفوات متعلقها، وهذا مال غيره.

قوله: (ولو وكله في نقل زوجته، أو بيع عبده، أو قبض داره من فلان، فثبت بالبينة طلاق الزوجة وعتق العبد وبيع الدار بطلت الوكالة).

لزوال تصرف الموكل الذي هو مدار صحة الوكالة.

---

(١) التذكرة ٢ : ١٣٢.

وتبطل الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة وما ينافيها، مثل أن يوكله في طلاق زوجته ثم يطأها، فانه يدل عرفاً على الرغبة واختيار الإمساك، وكذا لو فعل ما يحرم على غير الزوج، بخلاف التوكيل في بيع سريته.

قوله: (وتبطل الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة وما ينافيها، مثل أن يوكله في طلاق زوجته ثم يطأها، فانه يدل عرفاً على الرغبة واختيار الإمساك، وكذا لو فعل ما يحرم على غير الزوج، بخلاف التوكيل في بيع سريته).

أما بطلان الوكالة بفعل الموكل متعلقها، كما لو وكله في بيع العبد ثم باعه فلامتناع تحصيل الحاصل. ومثله في الحكم فعل الموكل ما ينافي الوكالة، كما لو أعتق العبد في المثال فإنه بالإعتاق يخرج عن ملكه ويمتنع تصرفه فيه بالبيع فكذا تصرف وكيله.

أما لو وكله في طلاق زوجته ثم وطأها ففي كون ذلك منافياً للوكالة فتبطل به تردد ينشأ: من دلالة الوطء على الرغبة فيها، واختيار امساكها. ولأنه لو وطأها بعد الطلاق الرجعي لكان رجعة، فلأن يقتضي رفع وكالة الطلاق أولى؛ لأنها أضعف من الطلاق.

ومن أن الوكالة قدثبتت، ومنافاة الوطء لها غير معلومة، ودعوى الأولوية ممنوعة. والفرق قائم، فإن الطلاق سبب قطع علاقة النكاح فينافيه الوطء الذي هو من توابعه، بخلاف الوكالة، وأبعد منه فعل ما يحرم على غير الزوج.

والفرق الذي ادعاه بين الزوجة والسرية غير ظاهر، فإن الوطء إن نافى الوكالة في الطلاق من حيث الدلالة على الرغبة نافى الوكالة في البيع. واعلم أن المصنف في التذكرة احتمل بطلان الوكالة في الطلاق بالوطء، واستشكل الحكم في

ولو وكله في بيع عبد ثم أعتقه عتقاً صحيحاً، أو باعه كذلك بطلت الوكالة، و لا تبطل مع فساد بيعه وعتقه مع علمه، ومع جهله إشكال.

والأقرب في التدبير الإبطال.

ولو بلغ الوكيل الوكالة فردها بطلت، وافتقر الى تجديد عقد، وله

غير الوطء ولم يفت بشيء[1]، وللتوقف مجال.

قوله: (ولو وكله في بيع عبده ثم أعتقه عتقاً صحيحاً، أو باعه كذلك، بطلت الوكالة، ولا تبطل مع فساد بيعه وعتقه مع علمه، و مع جهله إشكال).

قد سبق ذكر هذه المسألة، و إنما أعادها ليبني عليها قوله.

أما وجه الأول فلأنه مع العلم لم يحصل ما يقتضي العزل، لأن فاسد البيع والعتق لا يقتضي الخروج عن الملك، ولا يدل على ارادة العزل به بشيء من الدلالات.

وأمـا الإشكال فمنشؤه من بقاء الملك وسلطنة التصرف والشك في سبب العزل، ومن أن العقد الصحيح سبب في العزل وقد قصده وحاول إيجاده.

وفيه نظر؛ لأن العقد الصحيح سبب في العزل، من حيث ترتب الخروج عن الملك عليه، وذلك مفقود مع ظهور فساده. نعم إن قصد بالمأتي به العزل فليس ببعيد الانعزال به، و إلّا فلا.

قوله: (و الأقرب في التدبير الابطال).

وجه القرب: أنه يقتضي بقاء الملك إلى حين الوفاة ثم زواله بالعتق، فهو منافٍ للوكالة في بيعه أو عتقه قبلها، وقد علم أن فعل ما ينافيها موجب للعزل. ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لبقاء الملك وسلطنة التصرف، والتدبير غير لازم، وليس بشيء.

قوله: (و لو بلّغ الوكيل الوكالة فردها بطلت وافتقر فيها إلى تجديد

---

(١) التذكرة ٢ : ١٣٤.

أن يتصرف بالاذن مع جهل الموكل، ومع علمه إشكال.

وجحد الوكيل الوكالة مع العلم بها رد لها على اشكال، لا مع الجهل أو غرض الإخفاء.

عقد، وله أن يتصرف بالإذن مع جهل الموكل).

لبقاء الإذن فان الوكيل لا يملك إبطاله، إذ هو استنابة من الموكل في تصرف يتعلق به، كما لو أذن له في أكل طعام فرد الاذن ثم اراد الاكل فإنه لا يمنع لبقاء حكم الاذن.

فإن قلت: فأي معنى لبطلان الوكالة حينئذٍ ؟

قلت: قد قيل: إن أثره يظهر في سقوط الجعل، وهو محتمل.

قوله: (ومع علمه اشكال).

أي: مع علم الموكل برد الوكيل الوكالة، ومنشأ الإشكال: من الشك في بقاء الاذن؛ لاحتمال اكتفاء الموكل في عزل الوكيل بعزل نفسه، بل سكوته يُشعر برضاه به.

ومن أن الأصل بقاء الاذن حتى يحصل المزيل، ومع الشك فالاستصحاب يقتضي البقاء. والمتجه أنه إن وجد قرينة تدل على الرضى بالرد وعدمه عوّل عليها، وإلّا فالأحوط عدم التصرف.

قوله: (وجحد الوكيل الوكالة مع العلم بها رَدّ لها على اشكال، لا مع الجهل أو غرض الاخفاء).

منشأ الإشكال: من أن الرد والجحود متنافيان؛ لأن الرد يستدعي الاعتراف بصدورها والجحود إنكار لها، وأحد المتنافيين لايستلزم الآخر.

ومن أن الأصل في جحود المسلم الصدق، وهو يستدعي حصول الرد.

ويقوي الأول أن سبب التوكيل قد تحقق؛ لأنه المفروض، وسبب العزل غير

وصورة العزل أن يقول: فسخت الوكالة، أو نقضتها، أو أبطلتها، أو عزلتك، أو صرفتك عنها، أو أزلتك عنها، أو ينهاه عن فعل ما أمره به، وفي كون إنكار الموكل الوكالة فسخاً نظر.

متحقق،والجحود بنفسه لايكون عزلاً؛لأن العزل إنشاء، وهذا خبر ولامستلزماً له؛ لأن كونه صدقاً لايتوقف على الرد لاحتمال إرادة معني آخر، وبمجرد تطرق الإحتمال مع الشك في حصول سبب العزل كافٍ في التمسك بعدمه.

على أن كونه صدقاً غير مقطوع به، وإنما الأصل يقتضي حمل إخبارات المسلم على الصدق، فإذا دل الدليل على كونه كذباً للعلم بعدم مطابقتها الواقع لم يجب أن يحكم بوجود سبب آخر شرعي لم يدل دليل على وجوده ليكون مخرجاً عن الكذب، والأصح أنه لايكون رداً.

قوله: (وصورة العزل أن يقول الموكل: فسخت الوكالة، أو نقضتها، أو أبطلتها، أو عزلتك، أو صرفتك، أو ازلتك عنها، أونهاه عن فعل ما أمره به).

أي: وصورة العزل بالقول؛ لأنه قد يحصل بأمور أُخرى تقدمت. وفي نسخة: أو أرسلتك عنها، والظاهر أنه غلط.

قوله: (وفي كون إنكار الموكل الوكالة فسخاً نظر).

منشأ النظر هنا يظهر مما سبق في جحود الوكيل، والأصح عدم كونه فسخاً كما في جحد الوكيل.

* * *

الفصل الثالث: في النزاع، وفيه بحثان:

الأول: فيما تثبت به الوكالة: وهو شيئان: تصديق الموكل، وشهادة عدلين ذكرين ولا تثبت بتصديق الغريم، ولا بشهادة النساء، ولا بشاهد وامرأتين، ولا بشاهد ويمين.

ولا بد من اتفاقهما، فلو شهد أحدهما انه وكله يوم الجمعة أو انه

قوله: (الفصل الثالث : في النزاع: وفيه بحثان:

الأول: فيما تثبت به الوكالة: وهو شيئان: تصديق الموكل وشهادة عدلين ذكرين، ولاتثبت بتصديق الغريم، ولابشهادة النساء، ولابشاهد وامرأتين، ولا بشاهد ويمين).

لاخلاف عندنا في عدم ثبوت الوكالة بما يثبت به المال؛ لأن الغرض من الوكالة الولاية على التصرف، وترتب المال عليها أمر مترتب عليها، وليس هو المقصود الأصلي بخلاف الوصية بالمال. وقال بعض العامة: إنه يقبل في الوكالة بالمال شاهد وامرأتان، وشاهد ويمين[1].

فإن قلت: لو ادعى شخص أنه يستحق على آخر كذا جُعْلِ وكالةٍ تثبت بشاهد ويمين.

قلت: لايحضرني الآن به تصريح ، ووجه الثبوت ظاهر إذ لاغرض في الولاية حينئذٍ، ولو كان ذلك قبل العمل فضاهر اطلاقهم عدم الثبوت، وأما الثبوت بتصديق الغريم وعدمه فسياتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى.

قوله: (فلو شهد أحدهما أنه وكّله يوم الجمعة، أو أنه وكّله بلفظ

---

(١) انظر المغني لابن قدامة ٥ : ٢٦٥.

وكله بلفظ عربي، والآخر يوم السبت أو بالعجمية لم تثبت ما لم ينضم إلى شهادة احدهما ثالث.

ولو شهد أحدهما أنه أقر بالوكالة يوم الجمعة أو بالعربية، والآخر يوم السبت أو بالعجمية ثبت، وكذا لو شهد أحدهما بلفظ وكلتك، والآخر

عربي، والآخر يوم السبت أو بالعجمية لم يثبت مالم ينضم إلى شهادة أحدهما ثالث).

وذلك لأن العقد المشهود به متعدد، فان الواقع يوم الجمعة غير الواقع يوم السبت،ولم يكمل النصاب بالنسبة إلى كل واحد من العقدين.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قوله: (فلو شهد أحدهما ...) تفريع على مادل عليه قوله: (وشهادة عدلين ذكرين) بعد قوله: (فيما تثبت به الوكالة) فإنه يدل على كون ماشهد به العدلان شيئاً واحداً ليتحقق تعدد الشهادة بالنسبة إليه، بخلاف مالو اختلف المشهود به. وهذا المدلول وإن كان خفياً إلّا أنه مراد، وهو صحيح في نفسه فصح التفريع.

قوله: (ولو شهد أحدهما أنه أقر بالوكالة يوم الجمعة أو بالعربية، والآخر يوم السبت أو بالعجمية يثبت).

لاتفـاق الشاهدين على حصول التوكيل، والأصل عدم التعدد في العقد، فالمقتضي للثبوت موجود ـ وهو شهادة الشاهدين ـ والمانع ـ وهو التعدد ـ مشكوك فيه فيجب التمسك بالمقتضي.

ولايلزم من تعدد الاقرار تعدد الوكالة، إذ لايلزم من تعدد الخبر تعدد المخبر عنه، فإنه يخبر عن الشيء الواحد بعبارات متعددة وبالفاظ مختلفة.

قوله: (وكذا لو شهد احدهما بلفظ: وكلتك، والآخر: استنبتك، أو

استنبتك أو جعلتك وكيلاً أو جرياً، فإن كانت الشهادة على العقد لم تثبت، وإن كانت على الإقرار تثبت.

ولو قال أحدهما: أشهد أنه وكله، وقال الآخر: أشهد أنه أذن له في التصرف تثبت، لأنهما لم يحكيا لفظ الموكل.

ولو شهد أحدهما أنه وكله في البيع، والآخر أنه وكله وزيداً، أو أنه لا يبيعه حتى يستأمر زيداً لم تتم الشهادة.

جعلتك وكيلاً أو جرياً، فان كانت الشهادة على العقد لم تثبت، وإن كانت على الاقرار تثبت).

أي: وكذا الحكم لو شهد احدهما بلفظ: وكلتك،والاخر: استنبتك إلى آخره، فان الشهادة إن كانت على العقد كان كما لو شهد أحدهما بانه وكله يوم الجمعة والآخر يوم السبت فلا تثبت لتعدد العقد.

وإن كانت على الاقرار فهي كما لو شهد أحدهما أنه أقر يوم الجمعة والآخر يوم السبت فيثبت. فعلى هذا لايحكم الحاكم بالثبوت وعدمه إلّا بعد الاستفصال؛ لأن اللفظ محتمل لأن يكون المحكي انشاءً أو اخباراً.

واعلم أن الجري ـ بالراء المهملة كغني ـ: الوكيل للواحد والجمع والمؤنث، ذكره في القاموس[1]، وكأنه سُمّي بذلك لأنه جرى مجرى الموكل.

قوله: (ولو قال احدهما: أشهد أنه وكله، وقال الآخر: إنه أذن له في التصرف تثبت).

لأنهما لم يحكيا لفظ الموكل، فالاختلاف إنما هو في عبارتهما وذلك غير قادح.

قوله: (ولو شهد أحدهما أنه وكله في البيع، والآخر أنه وكله وزيداً، أو أنه لايبيعه حتى يستأمر زيداً لم تتم الشهادة).

---

(١) القاموس المحيط ٤ : ٣١٢.

ولو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبدهٌ، والآخر أنه وكله في بيع عبده وجاريته تثبت وكالة العبد، فإن شهد باتحاد الصفقة فإشكال.

وكذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد، والآخر في بيعه لزيد وان شاء لعمرو.

لأن مقتضى الشهادة الأُولى استقلاله بالبيع والثانية عدمه؛ لأن كونه وكيلاً مع آخر يقتضي منع الانفراد بالتصرف، وذلك يقتضي تعدد العقد المشهود به.

قوله: (ولو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده، والآخر أنه وكله في بيع عبده وجاريته تثبت وكالة العبد).

لاتفاقهما على وكالة العبد، وزيادة الثاني لايقدح، لعدم استلزام تعدد العقد؛ لأن مَنْ وُكل في بيع عبد وجارية فقد وكل في بيع العبد؛ إذ لايتعين لجواز بيعه بيع الجارية معه كما سبق في مقتضيات التوكيل.

قوله: (فإن شهد باتحاد الصفقة فإشكال).

أي: فإن شهد الشاهد بالوكالة في بيع العبد والجارية بأنه وكله في بيعهما صفقة واحدة ففي ثبوت الوكالة في بيع العبد اشكال ينشأ: من اتفاق الشاهدين على الوكالة في بيع العبد.

ومن أن الوكالة في بيع العبد مطلقاً مغايرة للوكالة في بيعه منضمًا إلى الجارية لا غير، بل منافية لها، فشهادة كل من الشاهدين على توكيل مغاير للآخر فلا يثبت واحد منهما، وهو الأصح، وضعف الاحتمال الأول ظاهر.

ولا فرق بين هذه وبين شهادة شاهد بتوكيله في البيع وآخر بتوكيله وزيداً، بل الحكم بعدم الثبوت هنا أقوى؛ للنص على اتحاد الصفقة هنا، واستفادة الاجتماع على البيع من ظاهر اللفظ هناك.

قوله: (وكذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد، والآخر في بيعه

ولو شهدا بوكالته ثم قال أحدهما: قد عزله لم تثبت الوكالة ولو كان الشاهد بالعزل ثالثاً تثبت الوكالة دونه.

وكذا لو شهدا بالوكالة وحكم بها الحاكم، ثم شهد أحدهما بالعزل تثبت الوكالة دون العزل،

لزيد وإن شاء لعمرو).

أي: وكذا تثبت الوكالة،والمشبّه به هو الحكم فيما لو شهد أحدهما انه وكله في بيع عبده، والآخر أنه وكله في بيع عبده وجاريته.

ووجه الثبوت: كمال النصاب في الوكالة بالبيع لزيد، والزيادة لا تستلزم التعدد، وسكوت الآخر عنها أما لعدم سماعه إياها، أو عروض نسيان، أو لاقتصاره على الشهادة بأحد متعلقي الوكالة باختياره. واستشكل المصنف الحكم في التذكرة[1]، ولا وجه للإشكال.

قوله: (ولو شهدا بوكالته ثم قال أحدهما: قد عزله لم تثبت الوكالة).

لرجوع أحد الشاهدين عن الشهادة قبل الحكم، خلافاً لبعض الشافعية[2].

قوله: (ولو كان الشاهد بالعزل ثالثاً تثبت الوكالة دونه).

أي: دون العزل: لتمام النصاب بالنسبة إلى الوكالة دون العزل، بخلاف المسالة السابقة: لأن الشهادة بالعزل لما كانت من أحد شاهدي الوكالة كان رجوعاً من أحد الشاهدين فلم يتم النصاب.

قوله: (وكذا لو شهدا بالوكالة وحكم بها الحاكم، ثم شهد احدهما بالعزل، تثبت الوكالة دون العزل).

---

(١) التذكرة ٢ : ١٤٣.

(٢) أنظر المغني لابن قدامة ٥ : ٢٦٥ و ٢٦٧.

والأقرب الضمان، ولو شهدا معاً بالعزل تثبت.

ولا تثبت الوكالة بخبر الواحد، و لا العزل.

لنفوذ الحكم قبل رجوع الشاهد فلا يؤثر فيه رجوعه، وكذا لو رجع الشاهدان.

قوله: (والأقرب الضمان).

وجه القرب: أنه سلّط الغير على التصرف في مال غيره بغير حق بشهادة يعلم بطلانها، فكان ضامناً لما يترتب عليها من تلف مال الغير أو نقصانه. ويحتمل ضعيفاً العدم، فإنه أخبر بالصدق في كل من الوكالة والعزل، ولا ضمان على من أخبر بالصدق، ولا يعد ذلك رجوعاً.

وليس بشيء؛ لأن شهادته بالوكالة وسكوته عن العزل قبل الحكم يقتضي الإستناد في بقاء التوكيل إلى زمان الحكم إلى شهادته، وشهادته بالعزل قبل ذلك تقتضي الرجوع عن تلك الشهادة فيضمن ما تلف بشهادته، وهو الأصح. وسيأتي إن شاء الله تعالى في الشهادات بيان مقدار ما يضمنه الشاهد برجوعه.

قوله: (ولو شهدا معاً بالعزل ثبت).

أي: لو شهد الشاهدان بالوكالة معاً بالعزل لا على طريق الرجوع ثبت العزل أيضاً كما ثبتت الوكالة، لا لتمام النصاب في الموضعين.

قوله: (ولاتثبت الوكالة بخبر الواحد ولا العزل).

بإجماعنا وفاقاً لاكثر العامة[1]، وقال أبو حنيفة: تثبت الوكالة بخبر الواحد وإن لم يكن ثقة ،ويجوز التصرف للمخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان إن أنكر الموكل، ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولاً[2]، وليس بشيء.

---

(١) أنظر: المغني لابن قدامة ٥ : ٢٦٧، الشرح الكبير المطبوع مع المغني لابن قدامة ٥ : ٢٦٦.

(٢) المصدرين السابقين.

ويصــح سماع البينــة بالوكالة على الغائب، وتقبل شهادته على موكله، ولو فيما لا ولاية له فيه.

ولو شهد المالكان بأن زوج أمتهما وُكلّ في طلاقها لم تقبل، وكذا لو

فإن قلت: قد سبق أن الوكيل اذا بلغه العزل من ثقة انعزل، وهذا يقتضي ثبوت العزل بخبر الواحد.

قلنا: انعزاله في هذه الحالة مشروط بثبوت العزل بعد ذلك، وفائدة الاخبار حينئذٍ كون العزل الواقع غير نافذ لولاه؛ لجهل الوكيل به لاثبوت العزل في الواقع به.

قوله: (ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب).

ومعناه على ماذكره في التذكرة: أن يدعي أن فلاناً الغائب وكّلني في كذا، ويقيم البينة على ذلك اجماعاً منا[1]، وبه قال الشافعي[2]؛ لأنه لا يعتبر رضاه في سماع البينة فلا يعتبر حضوره خلافاً لأبي حنيفة .

قوله: (وتُقبل شهادته على موكله، وله فيما لا ولاية له فيه).

أي: تقبــل شهادته عليه مطلقاً، سواء شهد عليه فيما هو وكيل فيه أم لا لإنتفاء المحذور.

أما له فإنما تقبل فيما لا ولاية له فيه؛ لأنه يثبت لنفسه حقاً، إلّا أن يعزله قبل الخصومة كما سبق، خلافاً لبعض العامة[4]

قوله: (ولو شهد المالكان بأن زوج أمتهما وُكّل في طلاقها لم يقبل، وكذا لو شهدا بالعزل).

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢ : ١٤٣.

(٢) المغني لابن قدامة ٥ : ٢٦٧.

(٣) المغني لابن قدامة ٥ : ٢٦٧، الشرح الكبير المطبوع مع المغني لابن قدامة ٥ : ٢٦٧.

(٤) المغني لابن قدامة ٥ : ٢٦٧.

شهدا بالعزل، ويحكم الحاكم بعلمه فيها.

البحث الثاني: في صور النزاع وهي ست مباحث:

أ: لو اختلفا في أصل الوكالة قدّم قول المنكر مع يمينه وعدم البينة، سواء كان المدعي هو الوكيل أو الموكل، فلو ادعى المشتري النيابة وأنكر الموكل قضى على المشتري بالثمن، سواء اشترى بعين أو في الذمة،

لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعاً في الصورتين.

أما الأُولى فلاقتضاء الشهادة زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكها، وأما الثانية فلاقتضائها إبقاء النفقة على الزوج.

قوله: (ويحكم الحاكم بعلمه فيها).

أي: في الوكالة، فاذا علم وكالة شخص لم يحتج في الثبوت إلى إقامة البينة كغيرها من الحقوق.

قوله: (البحث الثاني: في صور النزاع: وهي ستة مباحث:

الأول: لو اختلفا في أصل الوكالة قدم قول المنكر مع يمينه وعدم البينة، سواء كان المدعي هو الوكيل أو الموكل).

المراد بإختلافهما في أصل الوكالة: اختلافهما في صدور التوكيل، وهو مقابل ماسيأتي إن شاء الله تعالى في البحث الثاني من الاختلاف في صفة التوكيل، وكون الوكيل مدعياً ظاهر كثير.

أمّا كون الموكل مدعياً ففي نحو ما لو كان التوكيل في بيع شيء مشروطاً في عقد لازم، فإدعى الموكل حصوله ليخرج من العهدة ويصير العقد لازماً وأنكره الوكيل، ونحو ذلك.

قوله: (فلو ادعى المشتري النيابة وأنكر الموكل قضي على المشتري بالثمن، سواء اشترى بعين أو في الذمة، إلا أن يذكر في العقد

إلّا أن يذكر في العقد إلابتياع له فيبطل.

ولو زوّجه امرأة فأنكر الوكالة ولا بينة حلف المنكر وأُلزم الوكيل المهر، وقيل: النصف، وقيل: يبطل العقد ظاهراً.

الابتياع له فيبطل).

أي: لو ادعى المشتري لشيء أنه وكيل لزيد في ذلك الشراء وانكر زيد ـ المدعى عليه ـ الوكالة حلف واندفع الشراء عنه ظاهراً،سواء اشترى بعين من نقد وغيره أو في الذمة.

لكن يستثنى من ذلك ما اذا ذكر في العقد الابتياع لزيد فانه يبطل ظاهراً؛ لانتفاء الوكالة بيمينه. ويجب أن يستثنى ايضاً ما إذا عرف البائع، أو قامت البينة على أن العين التي وقع الشراء بها ملك لزيد فانه يبطل هنا أيضاً، وسيأتي في كلام المصنف إن شاء الله تعالى في البحث الثاني في شراء الجارية مثل ذلك.

قوله: (ولو زوجه امرأة فأنكر الوكالة ولا بينة حلف المنكر وأُلزم الوكيل المهر، وقيل :النصف، وقيل: ببطلان العقد ظاهراً).

الأول قول الشيخ في النهاية[1]، وأبن البراج[2]، وحجته أن المهر يجب جميعه بالعقد، وإنما يتنصف بالطلاق، وقد فات بتقصير الوكيل بترك الإشهاد فيضمنه كما دلت عليه الرواية[3].

والثاني قوله في المبسوط[4]، وحجته مارواه عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام :في رجل قال لآخر: اخطب لي فلانة، فما فعلت من شيء مما قاولت من صداق،

---

(١) النهاية : ٣١٩.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف : ٤٣٧.

(٣) التهذيب ٦ : ٢١٣ حديث ٥٠٤.

(٤) المبسوط ٢ : ٣٨٦.

ويجب على الموكل الطلاق أو الدخول مع صدق الوكيل.

نعم لو ضمن الـوكيل المهر فالوجه وجوبه أجمع عليه، ويحتمل

أو ضمنت من شيء، أو شرطت فذلك رضاء لي وهو لازم لي، ولم يشهد على ذلك، فذهب فخطب وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه به وسألوه ،فلما رجع إليه أنكر؟ قال: «يغرم لها نصف الصداق، وذلك أنه هو الذي ضيّع حقها، فأما إذا لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال: حل لها أن تتزوج، ولا تحل للأول فيما بينه وبين الله تعالى إلّا أن يطلّقها، لأن الله تعالى قال: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾[1]، فإن لم يفعل فهو مأثوم فيما بينه وبين الله تعالى ،وكان الحكم الظاهر ـ حكم الإسلام ـ قد أباح لها أن تتزوج»[2]، ولأنه فسخ قبل الدخول فيجب معه نصف المهر.

والثالث نقله المحقق نجم الدين وقواه[3]، وكذا المصنف في المختلف، فانه قال بعد أن حكاه عن بعض علمائنا: وفيه قوة وهو المختار، لأنه إذا حلف على نفي الوكالة إنتفى النكاح ظاهراً، ومن ثم ساغ لها أن تتزوج فينتفي المهر أيضاً، فلا وجه لغرم الوكيل لجميعه أو نصفه، نعم لو كان الوكيل قد ضمنه اتجه ذلك، والرواية لا تأبى الحمل عليه[4].

قوله: (ويجب على الموكل الطلاق، أو الدخول مع صدق الوكيل).

لا ريب في وجوب ذلك عليه على تقدير صدق الوكيل، وقد نطق الكتاب والسنة بذلك.

قولـه: (نعم لو ضمن الـوكيل المهر فالوجه وجوبه أجمع عليه،

---

(١) البقرة : ٢٢٩.

(٢) الفقيه ٣ : ٤٩ حديث ١٦٩، التهذيب ٦ : ٢١٣ حديث ٥٠٤.

(٣) شرائع الإسلام ٢ : ٢٠٦.

(٤) المختلف : ٤٣٧.

نصفه. ثم المرأة إن ادعت صدق الوكيل لم يجز أن تتزوج قبل الطلاق،

ويحتمل نصفه).

هذا استدراك مما دل عليه القول الثالث ـ وهو بطلان العقد ظاهراً ـ فانه يدل على عدم وجوب شيء من المهر؛ لأن وجوب المهر أو بعضه فرع صحة العقد، فإذا انتفى الأصل انتفى الفرع.

إلّا أنّ هذا إنما هو حيث لايضمن الوكيل للزوجة المهر، فإن ضمنه فالوجه عند المصنف وجوب جميعه؛ لأنه يثبت بالعقد بإعتراف الوكيل، ولم يحصل ما يقتضي سقوط نصفه ـ وهو الطلاق ـ. ويحتمل على هذا التقدير وجوب النصف خاصة، لأن انتفاء النكاح ظاهراً باليمين بمنزلة الفسخ فيتنصف به المهر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (نعم لو ضمن الوكيل المهرفالوجه وجوبه اجمع) بناء على القول بالبطلان؛ لأن مختار المصنف في هذا الكتاب الوجوب على الوكيل بمجرد العقد وترك الاشهاد، لكنه في أحكام المخالفة لم يجزم بالجميع أو النصف، وهنا جزم بالجميع في أول كلامه حيث قال: (ولو زوّجه إمرأة فأنكر الوكالة ولا بينة حلف المنكر وأُلزم الوكيل المهر) فكيف يستقيم أن يكون ما ذكره آخراً هو مختاره في المسألة كما يظهر من كلام الشارحين[1]؟ على أنه لا معنى للإستدراك المستفاد من لفظة (نعم) حينئذٍ، ولا ريب أن تأمل أول الكلام وآخره يأبى ما فهماه.

قوله: (ثم المرأة إن ادعت صدق الوكيل لم يجز أن تتزوج قبل الطلاق).

لأنها باعترافها زوجة، بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالحال ولم تعترف بصدقه؛

---

(١) ايضاح الفوائد ٢ : ٣٥٧.

ولا يجبر الموكل على الطلاق، فيحتمل تسلط المرأة على الفسخ، أو الحاكم على الطلاق.

ولو زوج الغائب بامرأة لادعائه الوكالة فمات الغائب لم ترثه، إلاّ أن يصدقها الورثة أو تثبت الوكالة.

لإنتفاء الزوجية ظاهراً بيمينه، وقد سبق في الرواية[1] التصريح بذلك.

قوله: (ولا يجبر الموكل على الطلاق فيحتمل تسلط المرأة على الفسخ أو الحاكم على الطلاق).

لا ريب أنه لا يتصور إجبار الموكل على الطلاق، فإنه لا نكاح ظاهراً فكيف يتصور مطالبته بالطلاق؟

وبقاء المرأة ممنوعة عن النكاح والنفقة ضرر عظيم، فيحتمل تسلطها على الفسخ دفعاً للضرر، ويحتمل تسلط الحاكم على الطلاق؛ لأن له ولاية على الممتنع، ولا ريب أن المنكر ممتنع على تقدير وقوع التوكيل، إذ الواجب عليه القيام بحقوق الزوجية أو الطلاق.

فرع: لو قال: إن كانت فلانة زوجتي فهي طالق صح ،ولايعد ذلك تعليقاً قادحاً، لأن الطلاق إنما يقع على هذا التقدير، حتى لو طلّق بدون هذا الشرط لم يقع الطلاق بحسب الواقع إلاّ على تقدير تحققه.

قوله: (ولو زوّج الغائب بامرأة لادعائه الوكالة فمات الغائب لم ترثه، إلاّ أن يصدقها الورثة أو تثبت الوكالة).

بالبينة ،ومع انتفاء الأمرين فلها إحلاف الورثة على نفي العلم إن ادعت عليهم العلم، فان حلفوا فلا ميراث، وإلاّ حلفت مع علمها وورثت.

---

(١) الفقيه ٣ : ٤٩ حديث ١٦٩، التهذيب ٦ : ٢١٣ حديث ٥٠٦.

ولو ادعى وكالة الغائب في قبض ماله من غريم فأنكر الغريم الوكالة فلا يمين عليه، ولو صدقه وكانت عينا لم يؤمر بالتسليم. ولو دفع اليه كان للمالـك مطالبة من شاء باعادتها، فأن تلفت الزم من شاء مع إنكار الوكالة، ولا يرجع أحدهما على الآخر.

وكذا لو كان الحق ديناً على إشكال،

قولـه: (ولو ادعى وكالة الغائب في قبض ماله من غريم فأنكر الغريم الوكالة فلايمين عليه).

أي: وإن ادعى عليه العلم؛ لأن اليمين إنما تتوجه حيث يكون المنكر بحيث لو أقر لنفذ اقراره، وليس كذلك هنا، لكن سيأتي أن في نفوذ الاقرار لو كان الحق دينا اشكالاً.

قوله: (ولو صدّقه وكانت عيناً لم يُؤمر بالتسليم).

لأن ذلك إقرار في حق المالك فلا ينفذ، لكن لو دفع العين لم يمنع منه أيضاً.

قوله : (ولو دفع اليه كان للمالك مطالبة من شاء باعادتها، فان تلفت أُلزم من شاء مع إنكار الوكالة، ولا يرجع أحدهما على الاخر).

أي: لو دفع من بيده عين مال الغير مع تصديقه إياه على دعواه إلى مدعي الـوكالة في قبضها، وأنكر المالك التوكيل حلف وانتفت الوكالة ظاهراً، ويتخير في مطالبة من شاء منهما باعادة العين؛ لأن من بيده العين عادٍ بدفعها، والقابض عادٍ باثبات اليد عليها.

فإن تلفت في يد القابض بغير تفريط أُلزم من شاء منهما بعوضها؛ لما قلناه، ولايرجع أحدهما على الآخر؛ لاتفاقهما على أن المالك كاذب في إنكار الوكالة وظالم في المطالبة بالعوض، والمظلوم لايرجع على غير ظالمه.

قوله: (وكذا لو كان الحق ديناً على اشكال).

. . . .

أي: وكذا لايؤمر بالتسليم لو كان الحق ديناً، ومنشأ الاشكال: من أن التسليم المأمور به على تقدير ثبوت الأمر به إنما يكون عن الموكل. ولاينفذ اقرار من عليه الدين على المدين؛ لأنه اقرار على الغير، فامتنع كونه عن الموكل المقتضي لامتناع الأمر به، وهو قول الشيخ في المبسوط[1].

ومن حيث أن هذا التصديق اقتضى وجوب تسليم هذا القدر من مال نفسه فيجب نفوذه، لأن اقرار العقلاء على انفسهم جائز، وهو قول ابن ادريس[2].

واعترض بأمرين:

أحدهما: إنّ هذا التسليم لايبري الذمة ظاهراً فلايؤمر به؛ لأن لمن عليه الحق الإمتناع من الأداء إلى أن يحصل الإشهاد المقتضي لحصول البراءة ظاهراً.

الثاني: إنّ التسليم لو أُمر به لكان إما على جهة كون المدفوع مال الغائب، أو مال الدافع، والقسمان باطلان؛ لأن الغائب لم يثبت توكيله فيكون التسليم لماله، والدافع إنما يجب عليه تسليم مال الغائب، والملازمة ظاهرة.

ويجاب عن الأول: بأن الإشهاد الذي يجوز الامتناع من الأداء إلى حصوله إنما يراد به اشهاد المدفوع اليه؛ لأنه على تقدير إنكار التوكيل يرجع إلى ماله الذي دفعه بالبينة، واحتمال تلفه بغير تفريط أو عدم الظفر بالمدفوع اليه لايقدح ،وإلّا لقدح في الدفع إلى المدين وإن أشهد؛ لاحتمال موت الشاهدين، أو ظهور فسقهما، أو مطالبته في بلد لايتمكن من الوصول اليها.

وعن الثاني: بأن تسليم ذلك القدر من مال المديون على أنه مال الغائب له اعتباران: أحدهما: كونه مال الغائب في حق المديون، والآخر: كونه مال الغائب في حق الغائب نفسه، واقرار المديون نافذ بالنسبة إلى الاعتبار الأول، لأنه في حقه

---

(١) المبسوط ٢ : ٣٨٧.

(٢) السرائر : ١٧٨.

إلّا أنه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبة الوكيل: لأنه لم ينتزع عين ماله، إذ لا يتعينُ إلّا بقبضه أو قبض وكيله. وللغريم العود على الوكيل مع بقاء العين أو تلفها بتفريط.

خاصة ،وهو كافٍ في وجوب التسليم، كما أنه اذا ادعى شخص زوجية اُمرأة فأنكرت وحلفت فانّا نعتبر دعواه اقراراً بزوجيتها في حق نفسه، وإن انتفت الزوجية بالنسبة إليها فلزوجيتها اعتباران بالنسبة إليه وبالنسبة إليها، كما قلناه في أنّ لكون المدفوع من مال الغائب اعتبارين: احدهما بالنسبة إلى المديون، والآخر بالنسبة الى الغائب.

ويؤيده عموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[1] ولم يثبت المخصص في محل النزاع، والأصح مختار ابن ادريس[2]، فعلى هذا لو لم يعترف المديون بالوكالة فادعى عليه العلم حلف على نفيه.

قوله: (إلّاأنه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبة الوكيل: لأنه لم ينتزع عين ماله، إذلا يتعين إلاّ بقبضه أو قبض وكيله).

لما قالـه المصنف، وكذا لو كان الحق ديناً أوهم استواء الدين والعين في الأحكام المذكورة في العين، فاستدرك لدفع هذا الوهم بقوله: (إلّا أنه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبة الوكيل)، يعني على تقدير إنكار الوكالة وحلفه؛ لأن الوكيل لم ينتزع عين ماله، لانتفاء الوكالة ظاهراً فلايتعين المقبوض له.

قوله: (وللغريم العود على الوكيل مع بقاء العين أو تلفها بتفريط).

أمـا الأول فظاهر؛ لبقاء عين مادفعه والوكيل لا يدعي استحقاقه، وكذا المدين وقد استوفى دينه فيجب ردها إلى الدافع، ومنه يظهر تقريب ماإذا تلفت العين

---

(١) عوالي اللآلي ٢ : ٢٥٧.

(٢) السرائر : ١٧٨.

ولا درك لو تلفت بغير تفريط.

وكل موضع يجب على الغريم الدفع لو أقر تلزمه اليمين لو أنكر.

ولو ادعى أنه وارث صاحب الحق فكذّبه حلف على نفي العلم، فإن صدّقه على أن لا وارث سواه لزمه الدفع.

بتفريط؛ لأن التالف في ذمة الوكيل.

قوله: (ولا درك لو تلفت بغير تفريط).

لاتفاق الدافع والقابض على براءة ذمة القابض من عهدتها؛ لأنه بزعمها وكيل، والمدين ظالم بمطالبته وأخذه.

قوله: (وكل موضع يجب على الغريم الدفع لو أقر يلزمه اليمين لو أنكر).

لأن فائدة اليمين إقراره، أو رده فيحلف المدعي، فيكون كما لو أقرالمنكر فحيث لاينفذ إقراره لايتوجه عليه اليمين.

فإن قيل: إنّ المردودة قد قيل انها كالبينة، فيجب توجه اليمين هنا وإن لم يجب الدفع باقراره.

قلنا: هي كالبينة بالنسبة إلى المتخاصمين دون الغائب فلايزيد على الاقرار هنا.

قوله: (ولو ادعى أنه وارث صاحب الحق فكذّبه حلف على نفي العلم).

المراد: أنه لو ادعى شخص على من عنده مال زيد أنه وارثه وأن لاوارث غيره، فأنكر المدعى عليه ولابينة، فادعى عليه العلم بالحال وأنكر حلف على نفي العلم؛ لأنه لو أقر لنفذ إقراره.

وينبغي أن يكون ذلك بعد ثبوت الموت، ومقتضى كلامه في التذكرة: أن إقرار

ولو ادعى إحالة الغائب عليه فصدقه أحتمل قوياً وجوب الدفع إليه، وعدمه؛ لأن الدفع غير مبرئ ،لاحتمال إنكار المحيل.

من بيده المال بالموت كاف[١]، وإطلاق العبارة هنا يشعر بذلك. ويشكل إذا كان المال عينـاً بأنه إقرار في حق الغير، فكيف يتصور نفوذه بحيث يلزمه الحاكم بالتسليم، ولاخفاء في بُعد ذلك.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه إنما توجّهت اليمين على نفي العلم على من بيده المال حينئذٍ للحكم بانتقال المال إلى الوارث حينئذٍ في الجملة، فاذا اتفقا على أن لا وارث سوى المدعي لم يكن ذلك إقراراً في حق الغير لانتفاء العلم بانتقاله إلى غيره ليكون اقراراً في حقه، فمع الانكار يتوجه عليه اليمين.

ومثله مالو ثبت أن زيداً باع مالاً له في يد الغير، فادعى عمرو أنه المشتري، وادعى العلم على من بيده المال، فان صدّقه أُمر بالتسليم، وإلاّ حلف على نفي العلم.

ومن هذا يُعلم وجه قوله: (وإن صدّقه على أن لا وارث سواه لزمه الدفع)، أمـا لو صدّقه على أنه وارث في الجملة لم يجز دفع شيء إليه؛ لامتناع تسلطه على القسمة، نعم له أن يبيع استحقاقه عليه وعلى غيره.

قوله: (ولو ادعى إحالة الغائب عليه فصدّقه احتمل قوياً وجوب الدفع إليه وعدمه؛ لأن الدفع غير مبرئ لاحتمال إنكار المحيل).

وجه الأول: اتفاقهما على أن كذا في ذمة المصدّق للمدعي، لأن الحوالة ناقلة، وماذكره المصنف وجهاً للاحتمال الثاني ضعيف؛ لأن منع المستحق من حقه لو جاز لاحتمال الانكار الذي يصيّر الدفع غير مبرئ ، لمنع المستحق مطلقاً لبقاء الاحتمال مع الإشهاد. وإنما يمنع المستحق ليشهد على نفسه فقط، والأصح وجوب الدفع.

---

(١) التذكرة ٢ : ١٣٩.

ولو قال الغريم للوكيل: لا تستحق المطالبة لم يلتفت اليه، لأنه تكذيب لبينة الوكالة على اشكال.

ولو قال: عزلك الموكل حلف الوكيل على نفي العلم إن ادعاه، وإلّا فلا، وكذا لو ادعى الإبراء أو القضاء.

ب: أن يختلفا في صفة التوكيل، بأن يدّعي الوكالة في بيع العبد، أو البيع بألف، أو نسيئة، أو في شراء عبد، أو بعشرة فقال الموكل: بل في بيع الجارية، أو بألفين، أو نقد، أو في شراء جارية، أو بخمسة قدم قول الموكل

قوله: (ولو قال الغريم للوكيل: لاتستحق المطالبة لم يلتفت إليه، لأنه تكذيب لبينة الوكالة على اشكال).

ينشأ: من أن عدم استحقاق المطالبة قد لايكون لكذب البينة، لامكان طروء العزل أو الإبراء عن الحق، أو الأداء إلى الموكل، أو إلى وكيل آخر، وغير ذلك فتسمع دعواه.

ومن أن مقتضى إقامه البينة استحقاق المطالبة، فنفيه ذلك، رد لمقتضاها فلا يلتفت إليه.

والتحقيق: أن هذا القول قدر مشترك بين تكذيب البينة وبين الدعوى الشرعية فلا يلتفت إليه؛ لاشتراكه بين مايسمع وغيره، ولأنه لايعد دعوى شرعية فلا يستحق الجواب، كما لو ادعى أن هذه ابنة أمتي حتى ياتي بما يكون دعوى، كما أشار إليه المصنف بقوله: (ولو قال: عزلك الموكل حلف الوكيل على نفي العلم إن إدّعاه وإلّا فلا، وكذا لو ادعى الابراء أو القضاء).

قوله: (أن يختلفا في صفة التوكيل بان يدعي الوكالة في بيع العبد، أو البيع بالف أو نسيئة، أو في شراء عبد، أو بعشرة فقال الموكل: بل في بيع الجارية، أو بالفين، أو نقداً، أو في شراء جارية، أو بخمسة قدّم قول الموكل

مع اليمين.

ولو ادعى الإذن في شراء الجارية بألفين، فقال: بل أذنت في شراء غيرها، أو فيها بألف وحلف، فإن كان الشراء بالعين بطل العقد إن اعترف البائع أنّ الشراء لغيره أو بمال غيره،

مع اليمين).

لايخفى أن توجه اليمين في هذه الدعوى إنما يكون إذا وقعت بعد التصرف؛ لأنها قبله تندفع بمجرد الإنكار.

ووجه تقديم قول الموكل بيمينه: أن الموكل منكر،لأن الأصل عدم صدور التوكيل الذي يدعيه الوكيل؛ ولأن ذلك فعل الموكل وهو أعرف بحاله ومقاصده الصادرة عنه.

فإن قيل: الموكل يدّعي على الوكيل الخيانة بتصرفه على خلاف ماأمره، فيجب أن يقدّم قوله باليمين؛ لأمانته، والأصل عدم الخيانة.

قلنا: هذا إنما يتّجه إذا اتفقا على الوكالة، وذلك منتف هنا؛ لأن اختلافهما في صفة التوكيل يفضي إلى الاختلاف في أصل التوكيل، فلا تكون وكالته عنه محققة الحصول، فلاوجه لتقديم قوله حينئذ.

قوله: (ولو ادّعى الاذن في شراء الجارية بألفين، فقال: بل أذنت في شراء غيرها، أو فيها بألف وحلف، فان كان الشراء بالعين بطل العقد إن اعترف البائع أن الشراء لغيره أو بمال غيره).

هذه من جملة المسائل التي سبق بيان حكمها، وأن قول الموكل بيمينه مقدّم فيها، وإنما أعادها لبيان مايتفرع عليها من المسائل ويلحقها من الأحكام.

وحاصلها: أنه إذا وقع الاختلاف المذكور وحلف الموكل نُظر: فإما أن يكون الشراء للجارية بعين مال الموكل، أو في الذمة، والثاني سيأتي فيها بعد إن شاء الله تعالى،

وإلّا حلف على نفي العلم إن ادعاه الوكيل عليه فيغرم الوكيل الثمن للموكل، ولا تحل له الجارية؛ لأنها مع الصدق للموكل، ومع الكذب للبائع فيشتريها ممن هي له في الباطن.

فإن امتنع رفع الأمر إلى الحاكم ليأمر صاحبها ببيعها برفق، وليس له جبره عليه،

وأما الأول فحكمه بطلان العقد ظاهراً إن اعترف البائع أن الشراء لغير الوكيل، أو بمال غيره يعني الموكل، وكذا لو قامت البيّنة على ذلك، لأنها تفيد مايفيده إقرار المدعى عليه.

وإنما قلنا: إن العقد يبطل ظاهراً؛ لأن التوكيل في ذلك انتفى بيمين الموكل فكان العقد فضوليا، وقد انفسخ برده اياه المستفاد من إنكار التوكيل والحلف على عدمه، لإمتناع الرضى به مع الاقدام على اليمين عادة، وأما بطلانه باطناً فهو دائر مع كذب الوكيل في دعواه وعدمه.

قوله: (وإلّا حلف على نفي العلم إن ادعاه الوكيل عليه).

أي: وإن لم يعترف البائع بواحد من الامرين ـ ولابد من التقييد بأنه لم يقم على ذلك بيّنة ـ حلف البائع على نفي العلم بشيء من الأمرين إن ادعى عليه الوكيل العلم بواحد منهما لا بدونه.

قوله: (فيغرم الوكيل الثمن للموكل، ولاتحل له الجارية، لأنها مع الصدق للموكل، ومع الكذب للبائع فيشتريها ممن هي له في الباطن، فان امتنع رفع الأمر إلى الحاكم ليأمر صاحبها ببيعها برفق، وليس له جبره عليه).

أي: إذا حلف البائع ـ إن ادعى عليه الوكيل العلم ـ بعد حلف الموكل لم يبطل العقد، بل يقع للوكيل ظاهراً، فيغرم الثمن للموكل، لأن الفرض أنه اشترى

فإن قال: إن كانت الجارية لي فقد بعتكها، أو قال الموكل: إن كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعتكها فالأقرب الصحة، لأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطاً.

وكذا كل شرط علما وجوده فإنه لا يوجب شكاً في البيع ولا وقوفه.

بعين ماله.

ولاتحل له الجارية قطعاً؛ لأنه إن كان صادقاً في دعوى الوكالة فهي للموكل، وإن كان كاذباً فهي للبائع، لأنه اشتراها بعين مال الموكل فضولاً، وقد رد الموكل الشراء فانفسخ. ولكن طريق حلها له: أن يشتريها ممن هي له في الباطن ،فانه يعلمه فليحتل في ذلك بنفسه وغيره.

فإن امتنع من هي له من البيع رفع الأمر إلى الحاكم؛ لأنه المرجع، ولقوله تأثير في النفوس فيأمرمن أخبره الوكيل بأنه صاحبها ببيعها منه برفق، ولايجوز إجباره على ذلك، لانتفاء الملك عنه ظاهراً، وعلى انه لايجب بيع مال شخص على آخر بغير سبب يقتضيه.

قوله: (فإن قال: إن كانت الجارية لي فقد بعتكها، أو قال الموكل: إن كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعتكها فالأقرب الصحة، لأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطاً،وكذا كل شرط علما وجوده فانه لايوجب شكاً في البيع ولا وقوفه).

أي: فان قال من هي له في الباطن، وماقربه المصنف قريب؛ لأن التعليق إنما ينافي الإنشاء في العقود والإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول، أما مع العلم بوجوده فلا، لانتفاء الشك حينئذ في الإنشاء.

ولاريب أن بيع الجارية إنما يتصور إذا كانت ملكاً للبائع، فهذا شرط بحسب الواقع ذكره أو لم يذكره. فاذا ذكره فقد صرح بالواقع. ويحتمل ضعيفاً عدم الصحة؛

وإن اشترى في الذمة صح الشراء له، فان كان صادقاً توصل الى شرائها من الموكل، فإن إمتنع أذن الحاكم في بيعها أو بعضها وتوفية حقه من ثمنها.

نظراً إلى صورة التعليق، ولأنـه اعترف بإنتفاء الشرط فيكون البيع باطلًا بزعمه، وضعفه ظاهر؛ إذ المطلوب حصول البيع باطناً بحسب الواقع لا بزعمه.

لكن هنا مناقشة، وذلك أن قوله: (يعلمان وجوده) يستقيم بالنسبة إلى الوكيل والموكل، أما بالنسبة إلى البايع فلا، لأنه ربما لم يعلم الحال على حسب الواقع، إلّا أن يقال: يكفيه للعلم بوقوع الشرط وصحة العقد قول الوكيل وإن لم ينفذ ذلك في حقه، ولهذا يحكم بصحة النكاح بمجرد دعوى الوكالة عن الغير مع جهل العاقد الآخر بها، وكذا سائر العقود.

قولـه: (وإن اشـترى في الذمة صح الشراء له، فإن كان صادقاً توصل إلى شرائها من الموكل، فان امتنع أذن الحاكم في بيعها ، أو بعضها وتوفية حقه من ثمنها).

هذا هو القسم الثاني، وهو كون شراء الوكيل للجارية لا بعين مال الموكل بل في ذمته، وحكمه وقوع الشراء له ظاهراً إن لم يثبت أنه أضاف الشراء إلى الموكل.

ثم أنـه لا يخلو: إمـا أن يكون صادقاً في دعوى التوكيل ووقوع الشراء للموكل، أو لا، فإن كان صادقاً توصّل الى شراء الجارية من الموكل بأي طريق أمكنه، فإن امتنع قال المصنف: أذن الحاكم في بيعها أو بيع بعضها وتوفية الثمن.

ويشكل بأن الحاكم لا يعلم صدق الوكيل، وقد لزمه البيع ظاهراً فكيف يأمر بخلاف ما يعلم؟.

ويجاب بأنه لا محذور في هذا الإذن بالنسبة اليه؛ لأنها إن كانت للوكيل فلا

. . . .

حرج، وإن كانت لغيره، وقد امتنع من أخذها ورد مال الوكيل إليه تسلط الحاكم على الإذن في البيع فيصادف محلاً على هذا التقدير.

وهذا صحيح في نفسه،إلا انه ينبغي أن لا يتعين على الوكيل استئذان الحاكم، بل يستقل هو بالبيع واستيفاء الثمن، كما في المديون المماطل إذا ظفر صاحب الدين له بشيء يخالف جنس دينه مع العجز عن الإثبات عند الحاكم، وقد صرح المصنف بهذا في التذكرة[1]، إلاّ أن الأول أولى.

والفرق بين ما هنا وبين مسألة المديون: أنه متى أقر صاحب الدين بمال المديون لم يأمن أن يعلم به المديون فيطالب به فينتزعه الحاكم ويسلّمه اليه، وهذا المحذور منتف هنا. وقريب منه قوله: (ولو اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز).

وقد أُورد عليه أن الحاكم إن ثبت عنده دعوى الوكيل فلا شراء بل يلزم بها الموكل، وإلاّ فالثابت كونها للوكيل ظاهراً فكيف يبيعه اياها؟ وأُجيب عنه بالحمل على أن المراد أنه إذا طلب الحاكم من الموكل البيع فأمتنع تولّى الحاكم البيع، فان كان الوكيل صادقاً فللحاكم ولاية على الممتنع في مثل ذلك وإن كان كاذباً لغت الصيغة، لأن الملك للوكيل.

واعلم أنه متى كان الوكيل مخالفاً للموكل بحسب الواقع واشترى في الذمة، وأضاف الشراء إلى الموكل، أو نواه ولم يرض الموكل بطل العقد، وتبقى الجارية على ملك البائع وإن كان الشراء ظاهراً للوكيل حيث لا يثبت أنه أضاف الشراء للموكل في العقد، وقد صرّح المصنف في التذكرة بالبطلان إن سمى الموكل أو نواه[2] ، وإن لم يتعرض اليه هنا.

---

(١) التذكرة ٢ : ١٣٥.

(٢) التذكرة ٢ : ١٢٧.

ولو اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز.

ولو إدعى الإذن في البيع نسيئة قدّم قول الموكل مع يمينه ويأخذ العين، فان تلفت في يد المشتري رجع على من شاء بالقيمة، فإن رجع على المشتري رجع على الوكيل بما أخذ منه من الثمن، وإن رجع على الوكيل لم يكن للوكيل أن يرجع في الحال، بل عند الأجل بأقل الأمرين من الثمن والقيمة.

قوله: (ولو ادعى الاذن في البيع نسيئة قدّم قول الموكل مع يمينه ويأخذ العين، فان تلفت في يد المشتري رجع على من شاء بالقيمة، فإن رجع على المشتري رجع على الوكيل بما أخذ منه من الثمن، وإن رجع على الوكيل لم يكن للوكيل أن يرجع في الحال، بل عند الأجل بأقل الأمرين من الثمن والقيمة).

من صور الاختلاف في صفة الوكالة: ما إذا ادعى الوكيل الاذن في بيع مال الموكل نسيئة ـ وقد باعها كذلك ـ وأنكر الموكل فالقول قول الموكل بيمينه.

ثم المشتري إما أن ينكر الوكالة، أو يعترف بها. فان أنكرها وقال: إن البائع إنما باع ملكه احتاج الموكل إلى البينة، ومع عدمها فالقول قول المشتري بيمينه أنه لا يعلم بالوكالة ـ لأنها يمين على نفي فعل الغير. فان حلف أُقرّت في يده، ويرجع على الوكيل بالقيمة؛ لتعذر استرداد العين، وإن نكل ردت اليمين على الموكل.

فإذا حلف على ثبوت الوكالة حكم ببطلان البيع، وإن نكل فهو كما لو حلف المشتري.

ونكول الموكل عن يمين الرد في خصومة المشترى لايمنعه من الحلف على الوكيل، فاذا حلف عليه فله أن يغرم الوكيل قيمة المبيع أو مثلة، والوكيل لا يطالب المشتري بشيء حتي يحل الأجل مؤاخذة له بموجب تصرفه. فإذا حل نظر فإن رجع

. . . .

عن قوله الأول وصدق الموكل فلا يأخذ من المشتري إلّا أقل الأمرين من الثمن والقيمة، لأنه إن كان الثمن أقل فهو موجب عقده وتصرفه فلا يقبل رجوعه فيما يلزم زيادة على الغير.

وإن كانت القيمة أقل فهي التي غرمها فلا يرجع بزيادة عليها، لاعترافه آخراً بفساد العقد، وإن لم يرجع بل أصرّ على قوله الأول طالب بالثمن كله. فان كان بقدر القيمة أو أقل فلا بحث، وإن زاد فالزيادة للموكل بزعمه وهو ينكرها فيحفظها أو يدفعها إلى الحاكم، كل محتمل، والثاني أوضح دليلاً. ولو توصّل إلى إيصالها إلى الموكل بصورة هدية ونحوها لكان طريقاً إلى البراءة، وحينئذٍ فيجب مع إمكانه تقديمه على التسليم إلى الحاكم.

فإن قيل: إذا أنكر الموكل التوكيل في البيع نسيئة كان ذلك عزلاً للوكيل على رأي، فكيف يملك الوكيل بعده استيفاء الثمن؟ .

أُجيب بأن الموكل قد ظلمه بزعمه بتغريمه، وقد ظفر بجنس حقه من ماله فيجوز أخذه، بل لو كان من غير الجنس جاز أيضاً. ولا يتخرج على القولين في الظفر بغير جنس الحق في غير هذه الصورة؛ لأن المالك ثَمّ يدعيه لنفسه وَيمنع الغير عنه، بخلاف الموكل فأولى مصارفه التسليم إلى الوكيل الغارم، كذا قيل، وهذا يتم فيما عدا الزيادة.

وقيل: إن الجواب لا يكون دافعاً للسؤال، لأن الجواب حينئذٍ راجع إلى أن الأخذ ما يشاء من الوكالة.

وجوابه: إن السؤال حاصله هكذا: قد عزل فكيف استحق الأخذ؟.

وجوابه حينئذٍ ما ذكر هذا حكم ما إذا أنكر الوكالة، وأما إذا اعترف بها فإما أن يصدّق الموكل فالبيع باطل وعليه رد المبيع مع بقائه، ومع تلفه يتخيّر المالك في تغريم كل من الوكيل والمشتري، لعدوان الوكيل بالتسليم والمشتري بالأخذ، وقرار الضمان

على المشتري؛ لحصول الهلاك في يده.

نعم يرجع بالثمن الذي دفعه مع بقائه؛ لفساد البيع، وإن صدّق الوكيل قدّم قول الموكل بيمينه؛ لأنه منكر، فاذا حلف أخذ العين، ومع تلفها رجع بالقيمة على من شاء منهما.

فإن رجع على المشترى رجع على الوكيل بالثمن، إذ لا حق له فيه، وإن رجع على الوكيل قبل الأجل رجع به بعد الحلول على المشتري لا قبله، وحكم زيادته على القيمة لو كانت ما تقدم. وإن نكل حلف المشتري لتصديقه الوكيل وبقيت له، ثم تكون الخصومة بين الوكيل والموكل، فان حلف الوكيل إندفع عنه الغرم، وإلاّ فلا.

إذا عرفت ذلك فارجع إلى عبارة الكتاب، وأعلم أن قول المصنف: (قدم قول الموكل مع يمينه). إنما هو بالنسبة إلى الوكيل، أما بالنسبة إلى المشتري فانما يقدّم قوله إذا اعترف المشتري بالوكالة، أو يثبت ذلك بالبينة كما سبق أول البحث.

وقوله: (فإن رجع على المشتري بالقيمة رجع على الوكيل بما أُخذ منه من الثمن) إنما يستقيم اذا ثبت أصل التوكيل، وحلف الموكل على نفي ما يدعيه الوكيل، إلاّ أنه اذا رجع الموكل بالقيمة على المشتري رجع على الوكيل بأكثر الامرين من القيمة والثمن إذا كان جاهلاً بالمخالفة.

أما إذا كان الثمن أكثر فظاهر؛ لفساد البيع، وأما إذا كانت القيمة أكثر؛ فلأن المغرور يرجع على من غرّه مع احتمال عدم الرجوع بالزيادة، لأن التلف في يده وقد قبض العين مضمونة، وقد سبق في البيع أن في الرجوع بالزياده اشكال.

وقوله (وان رجع على الوكيل لم يكن للوكيل ان يرجع في الحال بل عند الأجل باقل الأمرين) إنما يستقيم إذا لم تثبت الوكالة بالنسبة إلى المشتري، لكن نكل الموكل عن اليمين على عدم الاذن في النسيئة، فحلف المشتري ثم رجع الوكيل إلى تصديق الموكل، وبدون ذلك يرجع بالثمن كله، ويسلم الزيادة إلى الحاكم أو

. . . .

يحفظها، ويتوصل إلى إيصالها إلى الموكل بأي طريق أمكن. وهذا إنما هو إذا كان وكيلاً في القبض ولم يقل: إنّ الإنكار يوجب العزل، فلو لم يكن وكيلاً فيه.

كما يمكن حمل عبارة الكتاب عليه؛ لإطلاقها، أو كان وكيلاً وقلنا ينعزل بالإنكار، فانما يرجع بأقل الأمرين مع الرجوع عليه خصوصاً على القول بأن الأنكار لا يقتضي العزل، وهنا مباحث:

الأول : ظاهر إطلاق قولهم : إنّ الموكل إذا حلف على عدم الاذن في النسيئة استرد العين، الأكتفاء باليمين الواقعة بتحليف الوكيل إذا أعترف المشتري بأصل التوكيل. ويشكل ذلك بأن أثر اليمين إنما هو بالنسبة الى المتخاصمين، إلاّ أن يقال: اليمين على نفي التوكيل في ذلك التصرف يقتضي رفع ذلك التصرف فينبغي تامل ذلك.

الثاني: وقع في عبارة التذكرة[1] وغيرها[2] مثل ما ذكرناه في آخر البحث، من أنه إذا نكل الموكل عن الحلف لنفي الاذن في النسيئة، وقد صدّق المشتري الوكيل حلف المشتري. والمراد حلفه على ان الموكل أذن في ذلك، فلو نكل عن اليمين المردودة ونكل الوكيل فلا تصريح في كلامهم بحكم ذلك، وينبغي أن يكون كما لو حلف الموكل.

الثالث: لو ادعى الموكل على المشتري العلم، ونكل عن اليمين على نفيه مع الانكار فردت على البائع فنكل ففي الحكم تردد.

الرابع: لم يذكر في التذكرة حكم ما إذا اعترف البائع بالوكالة، ولم يصدّق واحداً منهما بأن قال: لا أعلم الحال. وحكمه أنه اذا حلف الموكل استرد العين، ومع

---

(١) التذكرة ٢ : ١٣٦.

(٢) تحرير الاحكام١: ٢٣٦.

ولـو ادعى الإذن في البيع بألف، فقال: إنما أذنت بألفين حلف الموكل ثم يستعيد العين، ومع التلف المثل أو القيمة على من شاء، فإن رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل إن صدقه، وإن رجع على الوكيل رجع الوكيل عليه بأقل الأمرين من ثمنه وما أغترمه.

تلفها: إن رجع على البائع ينبغي أن يرجع على الوكيل بأكثر الأمرين، وإن رجع على الوكيل رجع بعد الحلول بأقل الأمرين إن رجع إلى تصديق الموكل، وإلّا فبالثمن، وحكم الزيادة على القيمة في يده ماسبق في الأول.

قوله: (ولو ادعى الاذن في البيع بألف فقال: إنما أذنت بألفين حلف الموكل ثم استعيد العين، ومع التلف المثل أو القيمة على من شاء، فإن رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل إن صدّقه، وإن رجع على الوكيل رجع الوكيل عليه بأقل الأمرين من ثمنه وما اغترمه).

الحكم في هذه كالحكم في المسألة السابقة بغير تفاوت ،وقول المصنف: (حلف الموكل ثم استعيد العين ...) إنما يستقيم بعد ثبوت أصل التوكيل مع حلفه على نفي مايدعيه الوكيل.

(واعلم أن اطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين أن يكون قد ادعى حصول الرد أو التلف قبل الجحود أو بعده، وقد حكي عن أكثر الشافعية سماع بينته لو أدعى الرد بعد الجحود، بان غايته أن يكون بالجحود عاصياً، فاذا رجع إلى الاعتراف، أو قامت عليه البينة فأدعى الرد بعد الجحود لم يكن مكذبا.

واختار المصنف هذا الفرق في الارشاد، وقرّب في التحرير عدم القبول من غير تفصيل. والذي سبق في عبارة هذا الكتاب في الضمان من الوكالة يدل بمفهومه على صحة هذا التفصيل، والقـول به لا يخلو من قوة، لأن التنـافي بين الكلامين السابقين، أما اللاحق فلا، وإلّا لزم أنه لو أعترف بالقبض ثم ادعى تجدد التلف لا

ج: أن يختلفا في التصرف، كان يقول: تصرفت كما أذنت من بيع أو عتق، فيقول الموكل: لم تتصرف بعد فالأقرب تقديم قول الوكيل، لأنه أمين وقادر على الإنشاء والتصرف اليه.

ويحتمل: تقديم قول الموكل، للأصل الدال على عدم إلزام الموكل بأقرار غيره.

تسمع دعواه، وهو باطل)[١].

وقوله: (فإن رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل إن صدّقه) ليس بجيد، لأنه مع تصديقه إياه لا يستحق الوكيل الثمن المدفوع اليه والموكل لا يدعيه، وقد أغرم المشتري عوض العين فلا مصرف أولى به من هذا.

نعم لو كان فيه زيادة عن القيمة اتجه أن لا يرجع بها.

وقوله: (وإن رجع على الوكيل رجع عليه بأقل الأمرين من ثمنه وما اغترمه) لا يخفى أن ذلك إنما هو إذا لم يثبت أصل التوكيل ورجع الوكيل الى تصديق الموكل، فليُتأمل ذلك.

قولـه: (الثالث: أن يختلفا في التصرف، كأن يقول: تصرفت كما أذنت من بيع أو عتق فيقول الموكل: لم تتصرف بعد فالأقرب تقديم قول الوكيل؛ لأنه أمين وقادر على الانشاء والتصرف إليه. ويحتمل تقديم قول الموكل؛ للأصل الدال على عدم الزام الموكل باقرار غيره).

جزم المصنف في التذكرة بأن هذا النزاع بعد عزل الوكيل، فالقول قول الموكل بيمينه، واستقرب كون النزاع قبل العزل مثله[٢]، وتردد في التحرير[٣].

---

(١) ما بين القوسين لم يرد في «هـ».

(٢) التذكرة ٢ : ١٣٧.

(٣) التحرير ١ : ٢٣٦.

ولو قال: اشتريت لنفسي أو لك قدم قوله مع اليمين.

ولو قال: اشتريت بمائة، فقال الموكل: بخمسين احتمل تقديم قول الوكيل؛ لأنه أمين، والموكل؛ لأنه غارم، والوكيل إن كان الشراء بالعين؛ لأنه الغارم لما زاد على الخمسين، والموكل إن كان الشراء في الذمة؛ لأنه الغارم.

وحاصل الوجهين يرجع إلى أن الأصل عدم التصرف، والأصل بقاء الملك على مالكه فيقدّم قول الموكل، وأن الاختلاف في فعل الوكيل وهو أعلم به.

والظاهر من كون التصرف إليه وقدرته على الإنشاء إيقاع الفعل؛ لانتفاء المقتضي للتأخير فيقدّم قول الوكيل، وهو قول الشيخ[1]. ويؤيد هذا أنه لولاه لحصل الضرر، فانه ربما كان صادقاً وتعذر إقامة البينة، ولم يتمكن من انتزاعه ممن اشتراه فتكليفه بذلك ضرر بيّن.

ولا يخفى أن تقديم قول الموكل أمتن دليلاً، وتقديم قول الوكيل أنسب بكونه أميناً ومتصرفاً لغيره، فللتوقف مجال، وإن كان لتقديم قول الوكيل وجه لئلا يلزم الاضرار به، ولأنّه محسن فيجب أن ينتفي عنه السبيل.

قوله: (ولو قال: اشتريت لنفسي أو لك قدّم قوله مع اليمين).

لأن ذلك راجع إلى قصده، ولا يعلم إلّا من قبله.

قوله: (ولو قال: اشتريت بمائة، فقال الموكل: بخمسين احتمل تقديم قول الوكيل لأنه أمين، والموكل لأنه غارم، والوكيل إن كان الشراء بالعين لأنه الغارم لما زاد على الخمسين، والموكل إن كان الشراء في الذمة لأنه الغارم).

أي: إذا وقع الاختلاف بين الوكيل والموكل في الثمن الذي وقع الشراء به فقال الوكيل: اشتريت بمائة، وقال الموكل: بل بخمسين، والحال أن المبيع يساوي مائة

---

(١) المبسوط ٢ : ٣٧٣.

. . . .

كما ذكره في التحرير[1]، وإلّا لم يكن الشراء صحيحاً ـ ففيه احتمالات ثلاثة:

تقـديم قول الوكيل؛ لأنه أمين، ولأن الاختلاف في فعله، ولأنه ربما كان صادقاً وتعذر عليه اقامة البينة فيلزم اضراره بالغرم، ولأنه محسن بتصرفه للموكل وما على المحسنين من سبيل، ولأن الظاهر أن الشيء انما يشترى بقيمته.

وتقديم قول الموكل؛ لأن الأصل عدم الزائد، ولأن ذلك إثبات حق للبائع على الموكل.

والتفصيل بأنه إن كان الشراء بالعين ـ أي بعين مال الموكل ـ قدم قول الوكيل؛ لأن الموكل حينئذٍ يطالبه برد مازاد على الخمسين، والأُصول تقتضي تقديم قول الغارم، وان كان في الذمة قدم قول الموكل؛ لأن الوكيل يطالبه بالزائد فهو الغارم، وهذا التفصيل مذهب أبي حنيفة[2].

وقد رده المصنف في التذكرة بابطال الفرق المذكور، من حيث ان الغارم في الموضعين هو الموكل؛ لأن الوكيل إما أن يطالبه بالثمن، أو يؤديه من مال الموكل الذي في يده[3].

ويدل على ضعف الاحتمال الثاني أنه وإن كان الأصل عدم الزائد وعدم ثبوت حق آخر للبائع على الموكل، إلّا أن الأصل عدم استحقاق الغير العين بالثمن الأقل. والظاهر عدم شراء ما يساوي مائة بخمسين، فحينئذٍ الاحتمال الأول اقوى، وهو مختار الشيخ في المبسوط[4]، والثاني مختار نجم الدين بن سعيد[5].

---

(١) التحرير ١ : ٢٣٦.

(٢) أُنظر: المغني لابن قدامة ٥ : ٢٢٢.

(٣) التذكرة ٢ : ١٤٠.

(٤) المبسوط ٢ : ٣٩٢.

(٥) شرائع الإسلام ٢ : ٢٠٦.

د: أن يختلفا في الرد، فلو إدعى الوكيل رد العين أو رد ثمنها قدّم قول الموكل على رأي، وقول الوكيل إن كان بغير جعل على رأي.

ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ببينة، أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم تسمع بينته.

قوله: (الرابع: أن يختلفا في الرد، فلو ادعى الوكيل رد العين او رد ثمنها قدم قول الموكل على رأي، وقول الوكيل إن كان بغير جعل على رأي).

الأول قول ابن ادريس[1]، وابن سعيد في الشرائع[2]؛ عملاً بعموم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[3]، فإن الأصل عدم الرد.

والثاني قول الشيخ في المبسوط[4]، وابن البراج[5]، واختاره الشيخ نجم الدين في النافع[6]،وهو الأصح؛ لأن الوكيل أمين، وقد قبض المال لمحض مصلحة الموكل كالمستودع فهو محسن، ولأنه ربما ادى عدم قبول قوله إلّا بالبينة الى الاعراض عن قبول الوكالة، وذلك ضرر لما في التوكيل من الرفق العظيم.

قوله: (ولو انكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ببينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم تسمع بينته).

لأنه قد اكذبها بانكار القبض أولاً، ولو ادعى على الموكل العلم بصحة دعوى التلف فهل له احلافه؟ سبق في الوديعة مثله، ويجيء على ما سبق في المطلب

---

(١) السرائر : ١٧٨.

(٢) شرائع الاسلام ٢ : ٢٠٣.

(٣) مستدرك الوسائل ٣ : ١٩٨، عوالي اللآلي ١ : ٤٥٣ حديث ١٨٨.

(٤) المبسوط ٢ : ٣٧٢.

(٥) جواهر الفقه (المطبوع ضمن الجوامع الفقهية): ٤٢٥.

(٦) المختصر النافع : ١٥٥.

ويقبل قول الوصي في الإنفاق بالمعروف، لا في تسليم المال الى الموصى له، وكذا الأب والجد له والحاكم وأمينه لو أنكر الصبي بعد رشده التسليم إليه، والشريك والمضارب ومن حصلت في يده ضاله.

الرابع في الضمان أنه لو أظهر تأويلاً كاستناده في الانكار الى نسيان ونحوه سمعت.

وأعلم أن اطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين أن يكون قد ادعى حصول الرد أو التلف قبل الجحود أو بعده، وقد حكي عن أكثر الشافعية سماع بينته لو ادعى الرد بعد الجحود؛ لأن غايته ان يكون بالجحود غاصباً، فاذا رجع الى الاعتراف، أو قامت عليه البينة فادعى الرد بعد الجحود لم يكن مكذباً لبينته[1]. واختار المصنف هذا الفرق في الارشاد،وقرب في التحرير عدم القبول من غير تفصيل[2].

والذي سبق في عبارة هذا الكتاب في الضمان من الوكالة يدل بمفهومه على صحة هذا التفصيل، والقول به لايخلو من قوة؛ لأن التنافي بين الكلامين السابقين، أما اللاحق فلا، وإلّا لزم أنه لو اعترف بالقبض ثم ادعى تجدد التلف لاتسمع دعواه، وهو باطل.

قوله: (ويقبل قول الوصي في الانفاق بالمعروف، لافي تسليم المال الى الموصى له، وكذا الاب والجد له، والحاكم وامينه لو انكر الصبي بعد رشده التسليم اليه، والشريك، والمضارب، ومن حصل في يده ضالة).

أما قبول قوله في الانفاق بالمعروف ـ أي: الإنفاق المأمور به شرعاً الخالي من الاسراف ـ فلأنه أمين يساعده ظاهر الحال على ذلك، فإن الطفل لابد له من انفاق بحسب العادة، فإذا اختلف الوصي والطفل بعد كماله في قدر الانفاق قدم قول الوصي بيمينه فيما لا يتضمن اسرافاً عملاً بالظاهر، ولأن الانفاق تتعذر اقامة البينة

---

(١) أنظر: المجموع ١٤: ١٦٧، الوجيز ١: ١٩٤.

(٢) التحرير ١ : ٢٣٦.

هـ: أن يختلفا في التلف، فلو ادعى الوكيل تلف المال أو تلف الثمن الذي قبضه، فكذّبه الموكل قدّم قول الوكيل مع اليمين، وكذا الأب والجد والحاكم وامينه، وكل من في يده أمانة.

ولا فرق بين السبب الظاهر والخفي.

عليه، فلو لم يقبل فيه يمين المنفق لأدى ذلك الى ضياع مصلحة الطفل.

أما إذا ادعى تسليم المال فإنه يكلّف البينة؛ لعموم الخبر[1]، ولاشعار قوله تعالى:﴿فإذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم﴾[2] بذلك،ولأنه لم يأتمنه على ذلك فيكلّف تصديقه.

وكذا القول في كل ولي ـ وهو الأب، والجد له، والحاكم، وامينه، ووكيل احدهم، والمجنون والسفيه بعد الكمال كالصبي ـ والقول في الشريك بالنسبة الى الانفاق بالمعروف والرد، وعامل المضاربة ومن حصل في يده ضالة كالوصي فيما قلناه.

قوله: (الخامس: ان يختلفا في التلف، فلو ادعى الوكيل تلف المال، أو تلف الثمن الذي قبضه، وكذّبه الموكل قدّم قول الوكيل مع اليمين، وكذا الأب والجد والحاكم وكل من في يده أمانة، ولا فرق بين السبب الظاهر والخفي).

إنما قدّم قول كل واحد ممن ذكر في دعوى التلف؛ لأنه أمين قبض المال لمصلحة غيره، وربّما كان صادقاً في دعواه، وتعذر عليه اقامة البينة فأفضى الحال الى الغرم، الموجب لامتناع الناس من الدخول في الأمانات مع شدة الحاجة اليها، وفرّق بعض العامة بين التلف بامر ظاهر فأوجب إقامة البينة عليه دون الخفي[3].

---

(١) اشارة لقوله صلى الله عليه وآله: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

(٢) النساء: ٦ .

(٣) المجموع ١٤: ١٦٦.

ولو قال بعد تسليم المبيع: قبضت الثمن وتلف في يدي قدّم قوله؛ لأن الموكل يجعله خائناً بالتسليم قبل الاستيفاء.

ولو ظهر في المبيع عيب ردّه على الوكيل دون الموكل؛ لأنه لم يثبت وصول الثمن اليه، والأقرب ردّه على الموكل.

ولو قال: قبله قدّم قول الموكل؛ لأن الأصل بقاء حقه.

قوله: (ولو قال بعد تسليم المبيع: قبضت الثمن وتلف في يدي قدّم قوله).

لأن الموكل يجعله خائناً بالتسليم قبل الاستيفاء فيقدّم قوله بيمينه؛ لأنه يحاول بذلك دفع الخيانة والغرم عن نفسه، وأصالة عدم القبض معارضة بأصالة براءة الذمة من وجوب الغرم،ويبقى تقديم قول الوكيل في عدم الخيانة بغير معارض.

قوله: (ولو ظهر في المبيع عيب ردّه على الوكيل دون الموكل ؛ لأنه لم يثبت وصول الثمن اليه، والأقرب رده على الموكل).

أي: لو ظهر في المبيع عيب وأراد المشتري ردّه فإنّما يردّه على الوكيل دون الموكل؛ لأنه لم يثبت وصول الثمن اليه، قاله الشيخ رحمه الله[1]، والمراد: أنه إذا علم المشتري بالوكالة كما يرشد اليه تعليل الشيخ.

والأقرب عند المصنف ردّه على الموكل دون الوكيل؛ لأنه أمين ونائب عن الموكل، والبائع في الحقيقة هو الموكل، ولا أثر لوصول الثمن اليه وعدمه، بل لايجوز ردّه على الوكيل؛ لأنه ينعزل بفعل متعلق الوكالة، إلاّ أن يكون وكيلاً في قبضه على تقدير الرد. وكيف كان فقول الشيخ ضعيف ، وكذا تعليله.

قوله: (ولو قال قبله: قدّم قول الموكل؛ لأن الأصل بقاء حقه).

---

(١) المبسوط ٢ : ٤٠٤.

ولو أقر بقبض الدين من الغريم قدّم قول الموكل على إشكال.

و: أن يختلفا في التفريط أو التعدي فالقول قول الوكيل.

أي: لو قال الوكيل قبل تسليم المبيع: قبضت الثمن وتلف في يدي قدّم قول الموكل؛ لأن الأصل عدم القبض وبقاء حق الموكل عند المشتري، وقول الوكيل في التلف إنما يقدّم اذا ثبت وصول المال اليه.

قوله: (ولو أقر بقبض الدين من الغريم قدّم قول الموكل على إشكال).

أي: لو أقر الوكيل بقبض الدين من الغريم أنه قبضه وأنكره الوكيل قدّم قول الموكل على إشكال ينشأ: من أن الاختلاف في فعل الوكيل فيقدّم قوله فيه ولأنه أمين، ومن أصالة بقاء حق الموكل عند الغريم.

والفرق بين هذه وبين التي قبلها: أن الاختلاف إنما هو في فعل الوكيل،وقول الموكل معتضد بالاصل و ليس ثم ما ينافيه، بخلاف الأولى، لأن قول الموكل فيها وإن كان معتضداً بالأصل إلّا أنه يقتضي خيانة الوكيل، و تضمينه تسليمه المبيع قبل القبض فيكون القول قوله.

وتردد في الفرق صاحب الشرائع نظراً إلى أن كلًا من المسألتين من فروع إختلاف الموكل والوكيل في التصرف، فإن كان المقدم قول الموكل فلا فرق بينهما، و كذا لو قلنا بتقديم قول الوكيل[1] ورضي هذا الإشكال شيخنا الشهيد في حواشيه.

ولقائل أن يقول: إن قدّمنا قول الموكل في الاختلاف في التصرف فالمتجه تقديم قول الوكيل في المسألة السابقة؛ لقوة جانبه بدفع دعوى الخيانة عنه والغرم، وإن قدّمنا قول الوكيل فهما سواء في الحكم وإن كان مدركه في هذه اقوى، وقد عرفت أن تقديم قول الوكيل في التصرف لايخلو من وجه.

---

(١) الشرائع ٢ : ٢٠٦.

المقصد السابع: في السبق والرمي وفيه بابان.

الأول: في السبق:

مقدمة: السبق بسكون الباء: المصدر، وبالتحريك: العوض، وهو الخطر والندب والرهن، يقال: سبّق بتشديد الباء إذا أخرج السبق وإذا أحرزه:

والسـابق هو المتقـدم بالعنق والكتد، وقيل بالاذن

قوله: (مقدمة: السبق بسكون الباء: المصدر، وبالتحريك: العوض، و هو الخطر والندب والرهن).

الخطر والندب محركتان، و قد يقال الندب للرشق، و قد يقال للخطر الفرع والوجب.

قوله: (والسابق هو المتقدم بالعنق والكتد وقيل بالاذن).

الكتـد بفتـح التاء وكسرها: هو الكاهل، وهو العالي ما بين أصل العنق والظهر، و هو من الخيل مكان السنام من البقر، وهو مجتمع الكتفين .وفي القاموس: الكتد محركة :مجتمع الكتفين من الإنسان والفرس كالكتد، أو هما الكاهل، أو ما بين الكاهل الى الظهر[1].

إذا تقرر ذلك فالقول الأول هو مختار الشيخ[2]، وأكثر الأصحاب[3]. و قال ابن الجنيد بالثاني[4]؛ محتجاً بقول النبي صلى الله عليه وآله : «بُعثت والساعة كفرسي

---

(١) القاموس المحيط ١ : ٣٤٤ «كتد».

(٢) المبسوط ٦ : ٢٩٥.

(٣) منهم المحقق في الشرائع ٢ : ٢٣٥، وولد العلامة في الايضاح ٢ : ٣٦٣.

(٤) نقله عنه ولد العلامة في ايضاح الفوائد.

. . . .

رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر باذنه»[١].

وردّ بالحمل على المبالغة، وأن ذلك خرج مخرج ضرب المثل على حد قوله عليه السلام: «من بنى مسجداً ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة»[٢]، مع امتناع بناء مسجد كذلك، لأن أحد الفرسين قد يرفع رأسه فيقدّم أُذن الآخر عليه مع كون الأول هو السابق، والعمل على المشهور.

وان كان الرد غير قادح؛ لأن المراد: التقدم بسبب العدو.

والاعضاء التي جرى ذكرها في كلام الأكثر لاعتبار السبق بها ثلاثة: الكتد، والأقدام، والعنق. فيحصل السبق بالأقدام، فأي الفرسين تقدمت يداه عند الغاية فهو السابق، لأن السبق يحصل بها والجري عليها.

وكذا يحصل بالكتد، فأي الفرسين سبق كتده فهو السابق، سواء تساويا في الطول والقصر أو اختلفا.

وكذا يحصل بالعنق، فأي الفرسين سبق عنقه أو بعضه مع تساويهما في الطول والقصر فهو السابق .

وكذا إن اختلفا وسبق القصير، وإن سبق الطويل بجميع العنق أو بأزيد مما به التفاوت فقد سبق، وان كان بأقل فالقصير هوالسابق؛ لأنه يكون قد سبق بكتده ولا اعتبار بالعنق، ولو دفع أحد الفرسين عنقة بحيث لم يمكن اعتبار السبق به فالأعتبار بالكتد والاقدام.

وأعلم أن الجمع بين الأمرين، أعني التقدّم بالعنق والكتد في كلام المصنف

(١) كنز العمال ١٤ : ١٩٥ حديث ٣٨٣٥٠ و ٥٤٧ حديث ٣٩٥٧١.

(٢) من لا يحضره الفقيه ١ : ١٥٢ حديث ٧٠٤.

وهو المجلّي، والمصلّي هو الثاني، لأنه يحاذي رأسه صلوى المجلى. والصلوان: عظمان ناتئان عن يمين الذنب وشماله، والتالي هو الثالث، والبارع هو الرابع، والمرتاح الخامس، والخطي السادس، والعاطف السابع، والمؤمل الثامن، واللطيم التاسع، والسكيت العاشر، والفسكل الأخير.

نظراً الى أن العنق قد يكون في أحد الفرسين أطول، وقد ينفرد أحدهما برفع الرأس، فاذا اعتبر مع تقدّم العنق تقدم الكتد فقد حصل السبق قطعاً.

قوله: (وهو المجلّي، والمصلّي هو الثاني؛ لأنه يحاذي رأسه صلوى المجلّي، والصلوان عظمان ناتئان عن يمين الذنب وشماله، والتالي هو الثالث، والبارع هو الرابع، والمرتاح الخامس ، والخطي السادس ، والعاطف السابع، والمؤمل الثامن، واللطيم التاسع، والسكيت العاشر، والفسكل الاخير).

هذه اسماء خيل الحلبة، وهي بالحاء المهملة واسكان اللام خيل تجمع للسباق من كل أوب لاتخرج من اسطبل واحد.

فالمجلى: هو السابق كأنه جلى عن نفسه ، أي عبر عنها واظهرها بسبقه، أو جلى عن صاحبه وأظهر فروسيته، أو جلى همه بأنه سبق. والتالي للمصلى هو الثالث، ويليه البارع، وسمّي بذلك لأنه برع المتأخرعنه أي فاته ،ثم المرتاح وسمي بذلك لأن الإرتياح النشاط، فكأنه نشط فلحق بالسوابق، ويليه الخطي،لانه خطي عند صاحبه حيث لحق بالسوابق، أي صار ذا حظوة عنده، أي نصيب أو في مال الرهان، ثم العاطف؛ لأنه عطف اليها أي مال اليها، أو كر عليها فلحقها، ثم المؤمل مؤمل سبقه أو كونه إحدى السوابق، ثم اللطيم كأمير، ثم السكيت مصغراً، قال في الجمهرة في باب ما تكلم به العرب مصغراً:والسكيت آخر فرس يجيء في الرهان وهو الفسكل.

والمحلل: هو الذي يدخل بين المتراهنين إن سَبَق أخذ، وإن سُبِق لم يغرم.

وعبارة المصنف هنا، وصريح كلامه في التذكرة أن الفسكل غير العاشر[١]، ونقل الشهيد في حاشيته عن نفطويه تصديق ما ذكرته عن الجمهرة، وذكر أن السكيت إنما سمّي كذلك لإنقطاع العدد عنده، أو لسكوت ربه اذا قيل لمن هذا، وأنهم كانوا يجعلون في عنقه حبلاً، وربما أركبوه فرداً يركّضه.

وذكر في الصحاح والقاموس: أن القاشر والقاشور: الجائي في آخر خيل الحلبة[٢]، فيكون هو السكيت بناءً على أن خيل الحلبة التي لها أسماء عند العرب عشرة كما صرّح به بعض المعتمدين. وذكر في القاموس: أن الفُسكل كقنفذ وزبرج وزنبور وبرذون: الفرس الذي يجيء في الحلبة آخر الخيل[٣].

قوله: (والمحلّل: هو الذي يدخل بين المتراهنين ان سَبَق أخذ وإن سُبِق لم يغرم).

أي الذي يدخل على وجه يتناوله العقد بالشرط المذكور، وإنما سمّي محللاً لتحريم العقد المذكور بدونه إذا أخرج السبق كل من المتسابقين عند ابن الجنيد منّا[٤] والشافعي[٥]: لأنه قمار.

* * *

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢ : ٣٥٤.

(٢) الصحاح ٢ : ٧٩٢، القاموس المحيط ٢ : ١١٧ «قشر».

(٣) القاموس ٤ : ٢٩ «فسل».

(٤) نقله عنه العلامة في المختلف : ٤٨٤.

(٥) انظر: المجموع ١٥ : ١٥٠.

والغاية: مدى السباق.

والمناضلة: المسابقة والمراماة، وفي هذا الباب مطلبان:

المطلب الأول: في الشروط، وهي تسعة:

أ: العقد، ولا بد فيه من إيجاب وقبول، وقيل: إنها جعالة يكفي فيها الإيجاب وهو البذل.

ب: ما يسابق عليه: وإنما يصح على ما هو عدة للقتال، وهو من الحيوان: كل ماله خف أو حافر ويدخل تحت الأول الابل والفيلة، وتحت الثاني الفرس والحمار والبغل، فلا تصح المسابقة بالطيور، ولا على الاقدام، ولا بالسفن، ولا بالمصارعة، ولا برفع الأحجار.

قوله: (العقد: ولابد فيه من إيجاب وقبول، وقيل: إنها جعالة يكفي فيها الإيجاب وهو البذل).

اختلف الأصحاب في أن المسابقة لازم كالاجارة، أو جائز كالجعالة، فقال الشيخ[1] وجماعة بالأول[2]، تمسكاً بالأصل، ولوجود بعض خواص الجعالة فيها مثل إبهام العامل وجوازالبذل من الاجنبي. وقال ابن ادريس[3]، وجماعة بالثاني[4]؛ لعموم قوله تعالى: ﴿اوفوا بالعقود﴾[5] وعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند

---

(١) المبسوط ٦ : ٣٠٠.

(٢) منهم ابن ادريس كما نقله عنه العلامة الحلي في المختلف ٤٨٤.

(٣) السرائر : ٣٧٦.

(٤) منهم ولد العلّامة في ايضاح الفوائد ٢ : ٣٦٧.

(٥) المائدة : ١.

وفي تحريم هذه مع الخلو عن العوض نظر.

شروطهم»[١].

واعترض المصنف في المختلف بالقول بموجب الآية، فان الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه على وجه اللزوم إن كان لازماً، وإلاّ فالجواز، وبالنقض بنحو الوديعة والعارية لو أُريد العموم[٢].

وجوابه: أن الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه من دون القيد الذي ذكره، فان المفهوم لغةً وعرفاً من الوفاء بالقول هو العمل بمدلوله. ثم إنه لامعنى لوجوب الوفاء بالعقد على وجه الجواز، فإن وجوب الوفاء به ينافي الجواز، والآية مخصوصة بما عدا الجائز، فان العام المخصوص حجة في الباقي، والأصح اللزوم.

والأصل الذي ادعاه الشيخ مدفوع بوجود الناقل وهذا عقد برأسه فلا يمتنع اختصاصه ببعض الخواص ، وقول المصنف يكفي فيه الايجاب وهو البذل المراد به: بذل العوض من مخرجه كائناً من كان من غير احتياج الى قبول.

قوله: (وفي تحريم هذه مع الخلو عن العوض نظر).

ينشأ: من أن الأصل الجواز، ولأنها قد تُراد لغرض صحيح، ومن أنها ليست مما يقصد للحرب، ولقوله عليه السلام : «لاسبق إلاّ في نصل أو خف أو حافر»[٣] وهو باسكان الباء يقتضي نفي المشروعية فيما عدا الثلاثة، وعلى رواية الفتح فلا دلالة فيه إلاّ على تحريم العوض فيما عداها.

وكيف كان فظاهر المذهب التحريم، إلاّ أن وجهه غير ظاهر؛ لأن هذه قد تراد لغرض صحيح ينفع في معالجة العدوِ، ولم يثبت في الشرع تحريم شيء من هذه

---

(١) التهذيب ٧ : ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

(٢) المختلف : ٤٨٤.

(٣) قرب الاسناد: ٤٢، الكافي ٥ : ٤٨ و ٥٠ حديث ٦ و ١٤.

ج: تقدير المسافة ابتداءً وانتهاءً، فلو شرط للسابق حيث يسبق من غير تعيين غاية لم يجز؛ لأن أحدهما قد يكون سريعاً في أول عدوه مقصّراً في انتهائه، وبالعكس.

الافعال، ولاتُعد بنفسها لهواً ولعباً. ومَن نظر في أن الإنسان لو أراد أن يعتاد شدة العدو؛ ليكون عند لقاء العدو قادراً على النكوص عنه، والانتقال من جانب الى آخر ذا قدرة على المصابرة في حال المشي والعدو، متمكناً من الفرار حيث يجوز له لم تجد الى القول بتحريم ذلك سبيلاً.

ولاريب أنه إن انضم الى آخر فتعاديا كان ادخل في مطلوبه، وليس للضميمة أثر في التحريم. والمشهور عندنا أنه يجوز اتخاذ الحَمام للأُنس وإنفاذ الكتب، ويكره للتفرج والتطير. أما الرهان عليها فحرام قطعاً، وهذا قريب مما قلناه.

قولـه: (الثالث: تقدير المسافة ابتداء وانتهاء، فلو شرط للسابق حيث يسبق من غير تعيين غاية لم يجز، لأن احدهما قد يكون سريعاً في أول عدوه مقصّراً في انتهائه وبالعكس).

تنقيح ما ذكره من الدليل: أنه لو لم يقدّر المسافة لأدى ذلك الى التنازع والتجـاذب، فإن الاغراض تختلف بذلك اختلافاً ظاهراً. لأن من الخيل ما يكون سريعاً في أول عدوه خاصة فصاحبه يطلب قصر المسافة، ومنها ما يكون سيره في الإبتداء ضعيفاً ثم يقوى فصاحبه يطلب طول المسافة، فلا بد من التنصيص على ما يقطع النزاع.

فإن قيل: هذا لايدل على تمام المدعى، بل إنما يدل على وجوب تعيين الغاية.

قلنا: بل يدل لأن طول المسافة وقصرها إنما يتحقق مع تعيين الغاية وأيضا فإنه لولا تعيين المسافة لأمكن ادامة السير على وجه يترتب عليه الضرر، ويفوت به مطلوب المسـابقة. وهذا على القول بجواز العقد، أما على اللزوم فإشتراط التعيين

ولو شرط المال لمن سبق في وسط الميدان فاشكال، ولو استبقا بغير غاية لينظر أيها يقف أولاً لم يجز.

د: تقدير الخطر، ويصح أن يكون ديناً أو عيناً، حالاً وموجلاً،

ظاهر؛ لأنه في معني الاجارة.

قوله: (ولو شرط المال لمن سبق في وسط الميدان فاشكال، ولو استبقا بغير غاية لينظر ايها يقف أولاً لم يجز).

أي: لو شرط المال لمن سبق في وسط الميدان مع قطع النظر عن السبق عند الغاية، وذلك من غير تعيين للوسط على ما ترشد اليه عبارة التذكرة، وهي هذه: ولو عيّنا غاية وشرطاً أن السبق إن اتفق في وسط الميدان كفى وكان السابق فائزاً فالأقرب المنع[1].

لأنّا لو اعتبرنا السبق خلال الميدان لأعتبرنا السبق بلا غاية معيّنة، فعلى هذا يكون منشأ الاشكال مما ذكر، ومن أصالة الجواز، وعموم النصوص المتناولة لذلك.

ويمكن أن يكون المراد مع تعيين الوسط الذي يراد عنده السبق، ومنشأ الإشكال حينئذٍ: من انه خلاف المنقول من فعل النبي صلى الله عليه واله، ولأن ذلك يقتضي خروج الغاية عن كونها غاية، ومن أصالة الجواز. والأصح العدم؛ لأن شرعية ذلك على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على مورد النص.

قوله: (الرابع: تقدير الخطر، ويصح أن يكون عيناً أو ديناً، حالاً ومؤجلاً).

لاريب أن المال غير شرط في عقد المسابقة، لكن لو شرط وجب تعيينه، حذراً من تطرق الجهالة المفضية الى التنازع.

و لا فرق بين كونه عيناً أو ديناً، ولا بين كون الدين حالاً أو مؤجلاً لكن

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٥٥.

وأن يبذله المتسابقان أو أحدهما أو غيرهما، ويجوز من بيت المال.

هـ: تعيين مايسابق عليه بالمشاهدة، ولا يكفي العقد على فرسين بالوصف، ومع التعيين لا يجوز إبداله.

يشترط تعيين الأجل بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، واشتراط تقدير الخطر على القول بجواز العقد ولزومه من غير تفاوت، إلّا أنه يلزم القائلين بالجواز اغتفار الجهالة كالجعالة.

قوله: (وأن يبذله المتسابقان، أو أحدهما، أو غيرهما، ويجوز من بيت المال).

أن يبذل المتسابقان المال فلا بحث في الجواز، وإن بذله أحدهما دون الآخر على أن الباذل إن سَبق أحرز ماله وإن سُبق أحرزه الآخر صح عندنا وعند الشافعي[1]، لأن غير المُخرج منهما يكون محللاً، خلافاً لمالك[2].

ولو أخرج المال غيرهما: فإن كان المُخرج الإمام عليه السلام جاز اجماعاً، وإن كان غيره جاز عندنا وعند الشافعي، خلافاً لمالك[3]، لأن ذلك قربة ومصلحة للمسلمين، وكذا يجوز من بيت مال المسلمين؛ لأنه من المصالح.

قوله: (الخامس: تعيين مايسابق عليه بالمشاهدة ولايكفي العقد على فرسين بالوصف ومع التعيين لايجوز ابداله).

لما كان الغرض الاقصى من المسابقة امتحان الفرسين لتعرف شدة عدو كل منهما والتمرين على ذلك وجب تعيينهما في العقد، فلا يكفي العقد على فرسين بالوصف؛ لما قلناه من تعلق الغرض هنا بالشخص ، وظاهر أنه مع التعيين لا يجوز

---

(١) المجموع ١٥ : ١٣٣.

(٢) المجموع ١٥ : ١٣٣، المغني لابن قدامة ١١ : ١٣١.

(٣) المصدرين السابقين.

و: تساوي ما به السباق في احتمال السبق، فلو كان أحدهما ضعيفاً يعلم قصوره عن الآخر لم يجز.

ز: تساوي الدابتين في الجنس، فلا يجوز المسابقة بين الخيل والبغال، ولا بين الإبل والفيلة، ولا بين الإبل والخيل.

ولو تساويا جنساً لا صنفاً فالأقرب الجواز كالعربي والبرذون والبختي والعرابي.

الابدال وإن قلنا بجواز العقد.

قوله: (السادس: تساوي ما به السباق في احتمال السبق...).

لأن الغرض الاستعلام، وإنما يتحقق ذلك مع احتمال سبق كل منهما؛ لأنه إذا علم سبق واحدة لم يكن للاستعلام معنى.

والمراد من التساوي في احتمال السبق: ثبوت الاحتمال في حق كل منهما، فلا يمنع من السباق، إلّا إذا قطع بسبق واحدة كما هو صريح عبارة التذكرة[1]، ومقتضى ذلك أن رجحان احتمال السبق بالنسبة الى واحدة غير قادح في الجواز مالم يبلغ حد القطع، وعبارة الكتاب قد تشعر بخلافه.

قوله: (ولو تساويا جنساً لا صنفاً فالأقرب الجواز كالعربي والبرذون والبختي والعرابي).

وجه القرب حصول الشرط وهو احتمال سبق كل منهما؛ لأن الكلام على تقديره، ولتناول اسم الجنس للصنفين.

ويحتمل العدم؛ للبعد بين العربي والبرذون فصارا كالجنسين، والاصح الأول، وأعلم أن العربي من الخيل، خلاف البرذون والبختي من الابل، خلاف العرابي.

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٥٦.

ح: إرسال الدابتين دفعة، فلو أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أو لا لم يجز.

ط: جعل العوض للسابق منهما أو منهما ومن المحلل، ولو جعل لغيرهما لم يجز، ولا يجوز لو جعله للمسبوق، ولا جعل القسط والأوفر للمصلي والأدون للسابق، ويجوز العكس

قوله: (الثامن: ارسال الدابتين دفعة، فلو أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أو لا لم يجز).

لأن الغرض من العقد استعلام حال الدابتين، وإنما يعلم بارسالها دفعة؛ لأن السبق هنا ربما كان مستنداً الى إرسال أحدهما أولاً، وأيضاً فإن استعلام ادراك الآخر للأول غير استعلام السبق فلا يجوز العقد عليه.

قوله: (التاسع: جعل العوض للسابق منهما، أو منهما ومن المحلل، ولو جعل لغيرهما لم يجز، ولا يجوز لو جعله للمسبوق، ولا جعل القسط الأوفر للمصلّي والأدون للسابق، ويجوز العكس).

لمّا كان الغرض الاقصى من شرعية بذل العوض في المسابقة الحث على السبق والتمرن على ذلك وجب أن يكون اشتراطه للسابق من المتسابقين إن لم يكن بينهما محلل، أو منهما ومن المحلل اذا كان بينهما، فلو جعل لغيرهما لم يجز؛ لأنه مفوت للغرض.

وكذا لو جعل للمسبوق، لأن كلاً منهما يحرص على كونه مسبوقاً لتحصيل العوض فيفوت الغرض، ومن ثَم لم يجز جعل القسط الأوفر للمصلّي والادون للسابق.

أما العكس، وهو أن يجعل الأوفر للسابق والأدون للآخر فانه جائز، وذكر المصنف في التـذكـرة تفصيلاً حاصله: أن المال إن كان من ثالث لم يجز ذلك. لأن المسبوق إذا كان يتحصل على شيء كان مظنة التكاسل فيفوت مقصود العقد. أما إذا

وهل يجوز جعله للمصلي لو كانوا ثلاثة؟ نظر،وكذا الإشكال في جعل قسط للفسكل.

ولو جعلا العوض للمحلل خاصة جاز، وكذا لو قالا: من سبق منّا فله السبق،

كان منها فلا مانع؛ لأنه في الحقيقة راجع الى جعل التفاوت بين القسطين هو الخطر[1].

وهذا التفصيل لا بأس به، لكن سيأتي أنهم إذا كانوا ثلاثة جاز ان يجعل الأدون للمصلّي، وهو بظاهره مناف لهذا، إلّا أن يقال: للمصلّي في هذه الصورة سبق في الجملة بالنسبة الى الثالث فلا يمتنع اشتراط شيء قليل له، بخلاف ما هنا.

قوله: (وهل يجوز جعله للمصلّي لو كانوا ثلاثة؟ نظر، وكذا الاشكال في جعل قسط للفسكل).

منشأ النظر: من أن المصلى سابق بالنسبة الى الثالث فهو سابق في الجملة، فإذا جعل العوض له كان ذلك باعثاً لكل منهم على عدم التأخر. وليس بشيء؛ لأن الغرض من شرعية هذا العقد السبق، وهذا الاشتراط يقتضي التحريض على عدمه.

ومنشأ الإشكال: أصالة الجواز، واشتراط الأكثر للسابق كافٍ في التحريض على سبق كل منهم فيحصل به مقصود العقد. ومن أن المسبوق إذا علم أنه يحصل على شيء قل جدّه ونشاطه في الحرص على كونه سابقاً، ومال الى عدم اجهاد نفسه وفرسه فيفوت الغرض ، والأصح عدم الجواز. وأعلم أن المصنف حكى في المختلف قولاً بجواز جعل العوض بحزب[2] السابق وقواه[3]، وهو محتمل.

قوله: (ولو جعلا العوض للمحلل خاصة جاز، وكذا لو قالا: من

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢ : ٣٥٧.

(٢) هكذا ورد رسم الكلمة في الخطيتين والحجرية، ولا وجود لها في المختلف، بل الموجود الكند والهادي.

(٣) المختلف: ٤٨٤.

ولا يشترط المحلل، والأقرب عدم اشتراط التساوي في الموقف.

سبق فله السبق).

المراد: جعله للمحلل على تقدير سبقه، ولا شبهة في جوازه، وفي معناه قولها: (من سبق منّا فله السبق) بالفتح.

قوله:(ولا يشترط المحلل).

خلافاً لابن الجنيد[١] منّا، وللشافعي[٢]، حيث شرطاه إذا كان العوض منهما؛ لقول النبي صلى الله عليه وآله: «من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس ، ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو يأمن ان يسبق فإنّ ذلك هو القمار»[٣].

وجه الاحتجاج به: أنه إذا علم أن الثالث لا يسبق فهو قمار، فمع عدمه أولى، ولأنـه بدونه شبيه بالقمار. ويضعّف بمنع الأولوية، فان القطع بعدم سبق من تضمنه عقد السباق مناف للصحة مطلقاً؛ لمنافاته لمقصود المسابقة واستثناء الشارع جواز هذا العقد أخرجه عن كونه قماراً.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يشترط في المحلل ما يشترط في غيره، من مكافأة دابته لدابتي المتسابقين، وتعيين فرسه في العقد كما في المستبقين.

قوله: (والأقرب عدم اشتراط التساوي في الموقف).

وجـه القـرب التمسـك بالأصل؛ لعدم الدليل الدال على الاشتراط فإن الاخبار مطلقة. ويحتمل العدم؛ لانتفاء معرفة جودة عدو الفرس وفروسية الفارس مع عدم التساوي؛ لأن عدم السبق قد يكون مستنداً اليه فيخل بمقصود العقد، وما اشبه هذه بمسـألة ارسال احدى الدابتين قبل الأُخرى، والذي يقتضيه النظر اشتراط التساوي في الموقف.

---

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٨٤.

(٢) المجموع ١٥ : ١٣١.

(٣) سنن ابي داود ٣ : ٣٠ حديث ٢٥٧٩، جامع الأُصول ٥ : ٣٩ حديث ٣٠٣٦.

المطلب الثاني: في الأحكام: عقد المسابقة والرماية لازم كالإجارة، وقيل جائز كالجعالة، وهو الأقرب، فلكل منهما فسخه قبل الشروع.

ويبطل بموت الرامي والفرس، ولو مات الفارس فللوارث الإتمام على إشكال.

قوله: (المطلب الثاني: في الأحكام: عقد المسابقة والرماية لازم كالاجارة،وقيل:جائز كالجعالة،وهو الأقرب،فلكل منهما فسخه قبل الشروع).

قد سبق ان الاصح اللزوم،وقوله: (فلكل منهما فسخه قبل الشروع) تفريع على القول بالجواز.

لايقال: إذا كان العقد جائزاً لم يتفاوت جواز الفسخ قبل الشروع وبعده.

لأنّا نقول: حكم ما بعد الشروع وظهور الفضل مخالف لما قبله؛ لأنه جهة العقد، بل بسبب آخر كما سياتي بيانه ان شاء الله تعالى.

قوله: (ويبطل بموت الرامي والفرس).

قطعاً، لأن الرامي بخصوصه مقصود في عقد الرمي، كالفرس في عقد المسابقة.

قوله: (ولو مات الفارس فللوارث الاتمام على اشكال).

ينشأ: من أن الفارس غير مقصود في المسابقة، إنما المقصود امتحان الفرس، وحقوق الميت تنتقل الى الوارث، والإتمام حق له، ومن أن العقد لم يتناول من عدا الميت، وامتحان الفرس وإن كان هو المقصود، إلّا أن الفارس مقصود تبعاً، والاصح العدم.

فإن قيل: أي وجه للاشكال على القول بجواز العقد، فان المتبادر من كون الوارث له الاتمام أنه حق له، ومع الجواز فلا حق لأحد المتعاقدين في العقد على الاخر.

ولو أراد أحدهما الزيادة أو النقصان لم تجب إجابته وإن كان بعد الشروع وظهور الفضل، مثل أن يسبق بفرسه في بعض المسافة، أو يصيب بسهام أكثر فللفاضل الفسخ لا المفضول على اشكال.

قلنا: المراد أن له الاتمام بذلك العقد من غير احتياج الى عقد جديد أعم من ان يكون ذلك على وجه اللزوم أو الجواز.

قوله: (ولو أراد احدهما الزيادة أو النقصان لم تجب اجابته).

سواء قلنا بجواز العقد أم بلزومه، أما إذا قلنا باللزوم فظاهر؛ لوجوب الوفاء به، فإن أرادا ذلك فسخا العقد ثم عقدا غيره.

وأما على الجواز فلأن الزيادة والنقصان في العمل أو المال منوط برضى الآخر، بل أصل العمل منوط به.

قوله: (وإن كان بعد الشروع وظهور الفضل، مثل أن يسبق بفرسه في بعض المسافة، أو يصيب بسهام أكثر فللفاضل الفسخ لا المفضول على إشكال).

أي: وإن كان الفسخ ـ بناءً على جواز العقد ـ بعد الشروع: فإن لم يظهر لأحدهما على الآخر فضل فكما لو فسخ قبل الشروع، وإن ظهر لأحدهما فضل على الآخر وحصلت علامات السبق فللفاضل الفسخ؛ لأنه يترك بعض حقه.

وأما المفضول ففي جواز فسخه اشكال ينشأ: من أنه لو جاز لأدى الى سد باب المسابقة، فإنه متى أحس أحد المتسابقين بغلبة صاحبه له عدل الى الفسخ. ومن أن الغرض جواز العقد، وقضية الجواز التسلط على الفسخ في كل وقت. ويضعّف بان هذا مقتضى العقد، واللزوم هنا حصل لعارض فلا منافاة، والأصح عدم اللزوم، وهو مقرب التذكرة[1].

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٥٦.

وعلى القول باللزوم يجب البدأة بالعمل لا بتسليم السَبق، ويجوز ضمانه والرهن به،

وأعلم أن المصنف ذكر في التذكرة تفريعاً على لزوم العقد: أن الفاضل يجوز له ترك العمل إذا لم يحتمل الحال ان يدركه الآخر ويسبقه؛ معللاً بانه يترك حق نفسه. ويشكل بان لزوم العقد يقتضي وجوب اتمام العمل، وليس الإتمام نفس حقه وإنما هو مستلزم له.

قوله: (وعلى القول باللزوم يجب البدأة بالعمل لا بتسليم السَبق).

الظاهر أنه لاخلاف في ذلك، وهذا بخلاف الاجارة، فإن الأجر يسلم الى المؤجر بالعقد، والفرق أن الأمر في المسابقة مبني على الخطر والاحتمال فيقيّد بالعمل.

قوله: (ويجوز ضمانه والرهن به).

لايخفى أن ضمان السبق على القول بجواز عقد السبق كضمان مال الجعالة قبل العمل، وكذا الرهن به، فمتى لم نجوزهما في الجعالة لم نجوزهما هنا. وأما على اللزوم فانه يجوز كل منهما.

وقد صرح المصنف هنا بجواز الضمان والرهن، والظاهر أنه يريد بذلك البناء على اللزوم؛ لأنه في سياقه، وبه صرح في التذكرة[1]، ووجه الجواز ثبوت العوض بالعقد اللازم.

وحكى المصنف في التذكرة عن بعض الفقهاء اشكالاً حاصله: أن وجوب البداية بالعمل لا بتسليم العوض يدل على أن المال لايستحق إلّا بالعمل، وحينئذٍ فيكون ضمانه ضمان مالم يجب، وإنما جرى سبب وجوبه. قال: وضمان هذا أبعد من ضمان نفقة العبد، فان الظاهر استمرار النكاح والطاعة، وسبق من شرط له السبق أمر ضعيف، ويؤيده أن السَبق ليس امراً مستنداً الى اختيار المتسابقين.

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٥٦.

فإن فسدت المعاملة بكون العوض ظهر خمراً رجع إلى أجر مثله في جميع ركضه لا في قدر السبق، وقيل: يسقط المسمى لا إلى بدل.

ولو فسد لاستحقاق العوض وجب على الباذل مثله أو قيمته، ويحتمل أُجرة المثل،

وقد يتفق سبب احدهما وقد لايتفق فلا يكون العوض معلوم الثبوت؛ لعدم ثبوت ما هو مجعول في مقابله فكيف يصح ضمانه بخلاف الاجرة التي هي في مقابل المنفعة الموجودة تبعاً للعين ومن ثمّ تعد مالاً؟ وهذا الإشكال واضح متين.

قوله: (فان فسدت المعاملة بكون العوض ظهر خمراً رجع الى أجر مثله في جميع ركضه لا في قدر السبق. وقيل يسقط المسمى لا الى بدل.ولو فسد لاستحقاق العوض وجب على الباذل مثله أو قيمته، ويحتمل اجرة المثل).

إذا فسدت المعاملة بعد المسابقة من جهة العوض فللفساد طريقان: أحدهما أن يظهر كون العوض المعقود عليه مما لايملك في شرع الاسلام، كما لو ظهر خمراً ففي استحقاق السابق على الباذل شيئاً قولان: أحدهما: لايستحق شيئاًـ اختاره الشيخ نجم الدين بن سعيد ـ[1] لأنه لم يعمل شيئاً وفائدة عمله راجعة اليه،بخلاف ما إذا عمل في الاجارة أوالجعالة الفاسدتين فانه يرجع الى أُجرة مثل عمله؛ لأن فائدة العمل للمستأجر والجاعل.

واصحهاـ واختاره المصنف هنا، وفي التذكرة[2]ـ وجوب أُجرة المثل؛ لأن كل عقد استحق المسمى في صحيحه فاذا وجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل، والعمل في القراض قد لاينتفع به المالك ومع ذلك يكون مضموناً، فيرجع الى

---

(١) شرائع الاسلام ٢ : ٢٤٠.

(٢) التذكرة ٢ : ٣٥٧.

وليس لأحدهما أن يجنب الى فرسه فرساً يحرضه على العدو، ولا يصيح به في وقت سباقه.

أجرة المثل بجميع ركضه لا الى القدر الذي سبق به لترتبه على جميع ركضه.

الثاني: أن يكون سبب الفساد استحقاق العوض، ومقتضى عبارة المصنف أن القول بسقوط المسمّى لا الى بدل غير آت هنا، وهو ظاهر عبارة الشرائع[1]، ويلوح من عبارة التذكرة عدم الفرق، وهو الصواب، فان الدليل في الموضعين واحد وكذا الفتوى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه مع ظهور العوض مستحقاً هل يجب مثله إن كان مثلياً وإلّا فقيمته، نظراً الى انها أقرب شيء الى ما وقع التراضي عليه كالصداق إذا ظهر فساده عند بعضهم؟ ام تجب أُجرة المثل، لأن العوض المسمّى إذا فات وجب قيمة العوض الآخر وهي أُجرة مثله كما في سائر المعاوضات؟ وجهان اصحهما الثاني؟

وكيف تجب قيمة ما حكم ببطلان كونه عوضاً؟ ثم كيف اعتبار أُجرة المثل؟ ذكر فيه وجهان:

أحدهما: أن ينظر الى الزمان الذي وقعت المسابقة فيه، وأنه كم قدره فيعطى أُجرة المثل؛ بناءً على أن الحر إذا غصب على نفسه استحق أُجرة مثل تلك المدة.

والثاني: أنه يجب ما تجري المسابقة بمثله في مثل تلك المسافة في عرف الناس غالباً، قال في التذكرة: وهذا وان كان أقرب لكن يشكل بانتفاء العرف فيه بين الناس[2]. وما ذكره صحيح، لكن انتفاء العرف لايوجب العدول الى الطرف الآخر الضعيف، فان أمكن الوقوف عليه وإلّا اصطلحا.

قوله: (وليس لأحدهما أن يجنب الى فرسه فرساً يحرضه على العدو، ولا يصيح به في وقت سباقه).

---

(١) شرائع الاسلام ٢ : ٢٤٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢ : ٣٥٧.

ولو قال: آخر من سبق فله عشرة فأيهم سبق استحقها، ولو جاؤوا جميعاً فلا شيء لأحدهم، ولو سبق اثنان أو أربعة تساووا، ويحتمل أن يكون لكل واحد عشرة.

في الحديث: «لا جلب ولا جنب»[1] فالجلب: هو ان يتبع الرجل فرسه فيزجره ويجلب عليه ويصيح حثاً له على الجري. والجَنَب بالتحريك: ان يجنب فرساً الى فرسه الذي يسابق عليه، فاذا فتر المركوب تحول الى المجنوب فمنهي عنها، ذكره ابن الاثير في النهاية[2] وغيره[3].

قوله: (ولو قال: آخر من سبق فله عشرة، فايهم سبق استحقها، ولو جاؤوا جميعاً فلا شيء لأحدهم، ولوسبق اثنان أو أربعة تساووا، ويحتمل أن يكون لكل واحد عشرة).

أي: لو قال آخر غير المتسابقين: من سبق فله عشرة، فإن سبق واحد فلا بحث في استحقاقه اياها، وإن جاؤوا جميعاً فليس فيهم سابق فلا شيء لهم. ولو سبق ما فوق واحد ففي قدر الاستحقاق وجهان:

أحدهماـ واختاره الشيخ[4] والمصنف ـ توزيع العشرة على السابقين؛ لأن مَن يحتمل ارادة كل فرد فرد من المتسابقين، ومجموع من سبق أعم من أن يكون واحداً أو متعدداً؛ ومع الاحتمال فالأصل براءة الذمة من وجوب مازاد على عشرة فيقتسمها السابقون.

---

(١) الكافي ٥ : ٣٦١ حديث ٢، التهذيب ٧ : ٣٥٥ حديث ١٤٤٥، سنن النسائي ٦ : ١١١، الجامع الصغير ٢ : ٧٤٦ حديث ٩٨٧٤.

(٢) النهاية ١ : ٣٠٣.

(٣) الصحاح ١ : ١٠٣ «جنب».

(٤) المبسوط ٦ : ٢٩٤.

ولو قال: من سبق فله عشرة، ومن صلى فله خمسة، فسبق خمسة وصلى خمسة فللخمسة عشرة أو لكل واحد على الاحتمال،

والثاني: استحقاق كل واحد منهم عشرة؛ لأن من للعموم فهي بمعنى كل فرد فرد؛ ولأن الحكم في جميع القضايا الكلية إنما هو على كل فرد فرد، ولأن مَن مفرد ولهذا يعود اليها الضمير مفرداً فهي بمعنى أي، ولأن العوض في مقابل السبق وقد وقع من كل واحد منهم فيستحق كل منهم كمال العوض. وقد صرّح المصنف في كتاب الجعالة بأنه لوقال قائل: من دخل داري فله دينار، فدخلها جماعة استحق كل منهم ديناراً، لأن كل واحد منهم قد صدر منه دخول كامل[1]، وهذا أقوى.

لايقال: فعلى هذا لايكون العوض معلوماً حال العقد، إذ لايعرف قدر السابقين حينئذٍ، فيلزم عدم صحته على القول باللزوم.

لأنا نقول: هذا القدر غير قادح، وإلاّ لم يصح: مَن سبق فله كذا، ومَن صلى فله كذا على قول الشيخ ايضاً؛ لإمكان انتفاء المصلي[2].

فان قيل: السبق هنا لكل منهم أمر إضافي؛ لأنه إنما يتحقق بالنسبة الى المتخلف خاصة، فلا يكون تمام السبق إلاّ لمجموع السابقين.

قلنا: لما كان البذل لمن ثبت له السبق وجب استحقاق كل منهم العوض، لثبوت ذلك المعنى له، وإلاّ لوجب أن لايستحق شيئاً.

قوله:(ولو قال: من سبق فله عشرة، ومن صلى فله خمسة فسبق خمسة وصلى خمسة فللخمسة عشرة أو لكل واحد على الاحتمال).

أي: فللخمسة السابقين عشرة على ما اختاره سابقاً، وعلى الاحتمال الذي ذكره يكون لكل واحد عشرة وهو الأقوى.

---

(١) قواعد الاحكام : ٢٠١.

(٢) المبسوط ٦ : ٢٩٢.

وللثانية خمسة أو لكل واحد، ويحتمل البطلان على الأول، لامكان سبق تسعة، فيكون لكل من السابقين درهم وتسع وللمصلي خمسة.

ولو قال لاثنين: أيكما سبق فله عشرة، وأيكما صلى فله عشرة لم يصح، ولو قال: ومن صلى فله خمسة صح.

قوله: (وللثانية خمسة، أو لكل واحد، ويحتمل البطلان على الأول؛ لامكان سبق تسعة فيكون لكل واحد من السابقين درهم وتسع وللمصلي خمسة).

أي: وللخمسة الثانية ـ أي المصلي ـ خمسة على ما اختاره المصنف أو لكل منهم على الاحتمال.

وهنا احتمال ثالث وهو بطلان هذا البذل من الباذل حال البذل؛ لأن العوض الأدون إذا جعل للاسبق والآخر لغيره لم يكن السبق مطلوباً للمتسابقين فيفوت مقصود المسابقة، وهو هنا كذلك؛ لأن كل واحد منهم يجوّز تعدد السابقين واتحاد المصلي المقتضي لكون نصيب السابق بقدر المصلي أو أدون فيقل جده وحرصه في اجهاد نفسه وفرسه، وغرض المسابقة الحث على السبق بالتفضيل في الجعل على جميع الأحوال الممكنة، وهذا إنما هو على ما اختاره المصنف من اقتسام المتسابقين العشرة، أما على ما اخترناه من أن لكل واحد عشرة فلا مانع من الصحة.

قوله: (ولو قال لاثنين: أيكما سبق فله عشرة، وأيكما صلى فله عشرة لم يصح).

لمنافاته مقصود المسابقة كما أشرنا اليه سابقا.

قوله: (ولو قال: ومن صلى فله خمسة صح).

هذا خلاف ما ذكره من الإشكال في جواز جعل قسط للفسكل؛ لأنه إذا كان المتسابقان اثنين كان المتأخر بمنزلة الفسكل، فيكون رجوعاً عن الاشكال الى

ولو قال لثلاثة: من سبق فله عشرة، ومن صلى فله عشرة صح.

ولو قال: من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة، فسبق أحد الثلاثة وصلى آخر وتأخر ثالث فلا شيء للمتأخر.

ويجوز أن يخرج أحدهما أكثر مما يخرجه الآخر ويختلفا، فلو قال

الجزم، والأصح أنه لايصح؛ لأنه مخالف لمقصود المسابقة.

قوله: (ولو قال لثلاثة: من سبق فله عشرة، ومن صلى فله عشرة صح).

وجهه: أن المصلي سابق بالاضافة الى المتأخر، فيصح بذل العشرة له؛ لاتصافه بالسبق، وقد ذكر المصنف ذلك هنا وفي التذكرة والتحرير[1].

ويشكل بأنه لايجوز مساواة الأعلى والأدون في الجعل؛ لأن العوض إذا كان واحداً ضعف الباعث على اجهاد الفارس نفسه وفرسه على تحصيل السبق، وفي حواشي شيخنا الشهيد احتمال البطلان، وهو المتجه.

قوله: (ولو قال: من سبق فله عشرة، ومن صلى فله خمسة فسبق أحد الثلاثة وصلى آخر وتأخر ثالث فلا شيء للمتاخر).

لاكلام في صحة هذا الفرض ؛ لأن المصلي أدون ممن قبله واعلى ممن بعده فجاز أن يجعل له قسط أدون.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه قد يُسأل عن كيفية البذل على القول بلزوم عقد المسابقة، وإن العقد حينئذٍ هل يكون بين المتسابقين فقط، أو بينهما وبين الباذل ويتحقق اللزوم بالعقد؟ والذي ينساق اليه النظر هو الثاني، فيكون هو الموجب فيقبلان. وينبغي التأمل لذلك؛ لاني لم أظفر بشيء هاهنا.

قوله: (ويجوز أن يخرج أحدهما أكثر مما يخرجه الآخر ويختلفا، فلو

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٥٨، التحرير ١ : ٢٦٢.

أحدهما: إن سبقتني فلك عليّ عشرة وإن سبقتك فلي عليك خمسة أو قفيز حنطة جاز.

ولو أخرجا عوضين وأدخلا المحلل وقالا: من سبق فله العوضان، فإن تساووا أحرز كل منهما سبقه ولا شيء للمحلل، وكذا لو سبقا المحلّل.

ولو سبق المحلل خاصة أو أحدهما خاصة أحرزهما السابق.

ولو سبق أحدهما والمحلل، أحرز السابق مال نفسه، وكان مال المسبوق بين السابق والمحلّل نصفين.

قال أحدهما: إن سبقتني فلك عليّ عشرة، وإن سبقتك فلي عليك خمسة أو قفيز حنطة جاز).

مثال اخراج أحدهما أكثر: ما إذا بذل واحد عشرة للآخر على تقدير سبقه والآخر خمسة، ومثال اختلافهما في جنس الاخراج: اخراج أحدهما عشرة والآخر قفيز حنطة.

قوله: (ولو أخرجا عوضين وأدخلا المحلل وقالا: من سبق فله العوضان، فان تساووا أحرز كل منهما سبقه ولاشيء للمحلل، وكذا لو سبقا المحلل، ولو سبق المحلل خاصة أو أحدهما خاصة احرزهما السابق، ولو سبق أحدهما والمحلل أحرز السابق مال نفسه وكان مال المسبوق بين السابق والمحلل نصفين).

إذا أخرج المتسابقان العوضين منهما وأدخلا بينهما المحلل، وقالا: من سبق فله العوضان فالأحوال سبعة، والذي ذكره المصنف خمسة:

الأول: أن ينتهوا الى الغاية على حد سواء، فيجوز كل من المتسابقين مال نفسه، ولا شيء للمحلل؛ لانتفاء السابق.

الثاني: أن يسبق المخرجان ـ فيصلا معاً سواء ويتأخر المحلل عنهما،

. . . .

فكذلك؛ لاستوائهما في السبق ولا شيء للمحلل؛ لأنه مسبوق.

الثالث: أن يسبق المحلل ويأتي المخرجان بعده على سواء أو تفاضل فيستحق المحلل العوضين معاً؛ لسبقه لكل من المخرجين.

الرابع: أن يسبق أحد المخرجين وهنا ثلاث صور؛ لأنه: إما أن يأتي بعده المحلل والمخرج سواء، أو يكون المحلل مصلياً والآخر بعده، أو بالعكس، وفي جميع هذه الاحوال لايختلف الحال عندنا في أن السابق يحوز العوضين معاً، لسبقه.

وقال بعض العامة: أن المحلل إذا كان مصلياً والمخرج الآخر بعده يحوز سبق المتأخر ويبقى السابق على مال نفسه، وفي الصورتين الآخيرتين لاشيء للمحلل، ولكل من المخرجين مال نفسه، ولايحوز السابق مال الآخر؛ لأنه إذا كان كل من المتسابقين يغنم ويغرم كان قماراً فاسداً[1].

الخامس: أن يسبق المحلل وأحد المخرجين، بأن يأتيا الى الغاية على سواء ويتأخر المخرج الآخر فيحوز السابق من المخرجين سبق نفسه ويكون مال المسبوق بين المخرج السابق والمحلل؛ لتشاركهما في سبب الاستحقاق وهو السبق.

وعلى قول ذلك البعض من العامة مال المسبوق للمحلل خاصة، وقد سبق رده. ولايخفى أنه لايكون مجموع العوضين بين المحلل والسابق؛ لأن مال السابق باق على ملكه، وإنما يخرج منه إذا صار مسبوقاً وهو منتف هنا.

إذا عرفت ذلك فهنا مباحث:

الأول: المال المخرج من كل من المتسابقين يجوز أن يطلق عليه العوض؛ لجريان العقد عليه والعوضان؛ لأن ما أخرجه أحدهما عوض عن سبق الآخر.

الثاني: إنما اقتصر المصنف على ذكر الصور الخمس لان الأحكام إنما تختلف

---

(١) المجموع ١٥ : ١٥٠، كفاية الاخيار ٢ : ١٥٦.

ولو شرط السبق باقدام معلومة كثلاثة أو أكثر أو أقل لم يصح؛ لعدم ضبطه، وعدم وقوف الفرسين عند غاية بحيث تعرف المساحة بينهما.

عندنا باعتبارها.

الثالث: إذا دخل المحلل بين المتسابقين فينبغي ان يجري فرسه بين فرسيهما، فان لم يتوسطهما وعدل الى يمين وشمال جاز وإن أساء بفعله إذا تراضيا به، وان لم يتراضيا على ذلك لم يكن له العدول عن الوسط.

ولو اختلفا في ذلك فرضي أحدهما بعدوله عن الوسط دون الآخر قدّم اختيار من يطلب التوسط دون الانحراف؛ لأنه أعدل بينهما وامنع من تنافرهما. ولو رضيا باخراجه عن التوسط، ودعى أحدهما الى ان يكون متيامناً والآخر الى ان يكون متياسراً لم يعمل على قول واحد منهما وجعل وسطاً؛ لأنه العدل والمتعارف فهذا موضع المحلل.

وأما المتسابقان: فان اتفقا على كون أحدهما عن يمين والآخر عن شمال فلا بحث، وإلاّ أُقرع بينهما وأقر كل واحد منهما في موضع قرعته من يمين وشمال، ذكر ذلك كله المصنف في التذكرة[1].

قوله: (ولو شرط السبق باقدام معلومة كثلاثة، أو أكثر، أو أقل لم يصح، لعدم ضبطه، وعدم وقوف الفرسين عند غاية بحيث تُعرف المسافة بينهما).

اختار المصنف في التذكرة جواز هذا الشرط، وحكى عن بعض الشافعية المنع[2]، ثم قال: ولا وجه له[3]. ولاريب أنه إن انضبط ذلك وأمكن الوقوف عليه لامانع من صحته.

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٥٧.

(٢) كفاية الاخيار ٢ : ١٥٢.

(٣) التذكرة ٢ : ٣٥٩.

الباب الثاني: في الرمي.

مقدّمة: الرَشق: بفتح الراء الرمي، وبالكسر: عدده.

ويوصف السهم بالحابي: وهو ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب إليه فأصابه، وهو المزدلف.

والخاصر، وهو ما أصاب أحد جانبي الغرض، ومنه الخاصرة.

والخاصل: وهو المصيب للغرض كيفما كان.

والخازق: وهو ما خدشه ثم وقع بين يديه.

والخاسق: وهو ما فتح الغرض وثبت فيه.

والمارق: وهو ما نفذ [من] الغرض ووقع من ورائه.

والخارم:وهو الذي يخرم حاشيته.

والغرض: ما يقصد إصابته، وهو الرقعة المتخذة من قرطاس، أو رق أو جلد، أو خشب، أو غيره.

والهدف: ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره.

قوله: (الرشق بفتح الراء: الرمي، وبالكسر: عدده).

الذي في القاموس والصحاح: أن الرشق بالفتح المصدر وبالكسر الاسم[1]، وفي النهاية لابن الاثير: أن الرشق بالكسر هو الوجه من الرمي، واذا رمى القوم كلهم دفعة واحدة قالوا رشقاً. والرشق أيضاً أن يرمي الرامي بالسهام كلها[2].

وفي التذكرة: أنه بالكسر عدد الرمي الذي يتفقان عليه، وأهل اللغة يقولون:

---

(١) القاموس المحيط ٣ : ٢٤٤ «رشق»، الصحاح ٤: ١٤١٨ «رشق».

(٢) النهاية في غريب الحديث والاثر ٢ : ٢٢٥ «رشق».

. . . .

هو عبارة عما بين العشرين الى الثلاثين[١]. ويسمى أيضاً الوجه.

واغتراق السهم: هو أن يزيد في مد القوس بفضل قوته حتى يستغرق السهم فيخرج من جانب الوترالمعهود الى الجانب الآخر.

وأعلم أن السهم يوصف باوصاف:

الأول: الحابي، قال المصنف في التذكرة: وقد أُختلف فيه ، فقيل أن أبا حامد الاسفرايني وهم هنا حيث جعل الحوابي صفة من صفات السهم، وسماه حوابي ـ باثبات الياء ـ وفسره بانه السهم الواقع دون الهدف ثم يحبو اليه حتى يصل اليه، مأخوذ من حبو الصبي، وهو نوع من الرمي المزدلف يفترقان في الاسم؛ لان المزدلف أحد والحابي أضعف ويستويان في الحكم.

ثم حكى عن قوم: إن الحواب ـ باسقاط الياء ـ نوع من الرمي وهو ثالث المحاطة والمبادرة، والمراد به ان يحتسب بالاصابة في الشن والهدف ويسقط الأقرب من الشن ماهو أبعد منه.

ثم قال: والمشهور أن الحابي ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب اليه فاصابه، وهو المزدلف[٢]، وفسر المزدلف في التحرير: بانه الذي يضرب الأرض ثم يثب الى الغرض[٣]، وهو التفسير الأول.

الثاني: الخاصر، ويسمى أيضاً جائزاً، وفي التذكرة: يقال أجاز بالسهم إذا سقط وراء الهدف، وعده من الخطأ؛ لأنه منسوب الى سوء الرمي .

الثالث: الخاصل، في التذكرة: وهو يطلق على القارع: وهو ما أصاب الشن ولم يؤثّر فيه، وعلى الخارق: وهو ما أثر ولم يثبت ، وعلى الخاسق: وهو ما يثبت[٤]. ولم

(١) تذكرة الفقهاء ٢ : ٣٦٠.

(٢) التذكرة ٢ : ٣٦٠.

(٣) التحرير ٢ : ٢٦١.

(٤) التذكرة ٢ : ٣٦٠.

. . . .

يذكر اطلاقه على المارق، وعلى تعريفه بأنه المصيب كيف كان يجب أن يطلق عليه. وفي التحرير: إن الخارق يطلق على الخاسق أيضاً[1].

الرابع: الخارم، وفسره في التحرير: بأنه الذي يصيب طرف القرطاس فلا يثقبه، ولكن يخرق الطرف ويخرمه[2].

الخامس: الطامح، وله تأويلان:

أحدهما: أنه الذي قارب الاصابة ولم يصب ويكون مخطئاً.

والثاني: أنه الواقع بين الشن ورأس الهدف، فيكون مخطئاً ان شرطت الاصابة في الشن، ومصيباً ان شرطت في الهدف. وفي التحرير: وأما الطامح والفاخر فهو الذي يشخص عن كبد القوس ذاهباً الى السماء[3].

السادس: العاضد، وهو الواقع من أحد الجانبين فيكون كالجائز على أحد التأويلين.

السابع: الطائش: السهم الذي لايعرف مكان وقوعه، والطائش محسوب عليه في الخطأ.

الثامن: الغائر، وهو السهم المصيب الذي لا يعرف راميه، ويحتسب به لواحد من الراميين للجهل به .

التاسع: الخاطف ، وهو المرتفع في الهواء يخطف نازلاً، فان أخطأ به كان محسوباً عليه؛ لأنه من سوء رميه، وإن أصاب به ففي الاحتساب وجهان، نظراً الى حصول الاصابة، وأن تأثير الرمي في إرتفاع السهم، فأما سقوطه فلثقله، فيكون مصيباً بغير فعله . فعلى هذا هل يحسب من الخطأ؟ وجهان أيضاً، نظراً الى أنه لا واسطة،

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٦٠.

(٢) التحرير ٢ : ٢٦١.

(٣) التحرير ٢ : ٢٦١.

والمبادرة: هي أن يبادر أحدهما الى الإصابة مع التساوي في الرشق.

والمحاطة هي إسقاط ما تساويا فيه من الإصابة.

فاذا لم يكن مصيباً عد مخطئاً وإن الاصابة قد حصلت، واسوأ الأحوال أن يكون وجودها كعدمها.

وفصّل في التذكرة: بأنه إن نزل بعد ارتفاعه فاتر الحدة لايقطع مسافة احتسب خاطئاً، وإن نزل في بقية حدته احتسب له صائباً؛ لأن الرمي بالفتور منقطع وبالحدة مندفع[1].

وزاد في التحرير اوصافاً:

الأول: الصادر، وجمعه صوادر، وهو الذي اصاب الغرض ونفذ فيه ومضى ولم يؤثر.

الثاني: الفاخر، وهو الذي يشخص عن كبد القوس ذاهباً الى السماء.

الثالث: المغطغط، وهوالذي يميل يميناً وشمالاً.

الرابع: الزاهق، وهو الذي يتجاوز الغرض من غيراصابة.

الخامس: الحابص، وهو الذي يقع بين يدي الرامي.

السادس: الدابر، وهو الذي يخرج من الهدف، وهو المارق أيضاً.

السابع: المرتدع، وهوالذي أصاب الهدف، ويشدخ عوده ويكسر[2].

قوله: (والمبادرة: هي أن يبادر أحدهما الى الاصابة مع التساوي في الرشق، والمحاطة: هي اسقاط ما تساويا فيه من الاصابة).

لايخفى فساد ما ذكره من تعريفها؛ لأن المبادرة على ما ذكره صادقة مع اشتراط المحاطة في العقد، فان من بدر من المتسابقين حينئذ صدق تعريف المبادرة

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٦٠.

(٢) التحرير ٢ : ٢٦١.

وفي هذا الباب مطلبان:

الأول: في الشروط، وهي إثنا عشر بحثاً:

أ: العقد، وقد سبق.

بالنسبة اليه، وكذا القول في تعريف المحاطة صادق مع اشتراط المبادرة اذا تحققت الإصابة من الجانبين.

ومع ذلك فالغرض من بيان معنى اللفظين غير حاصل في ذلك، والصحيح ما ذكره في التذكرة، فانه قال في تعريف المبادرة: هي أن يشترط الاستحقاق لمن بدر الى إصابة خمسة من عشرين، فإذا رميا عشرين فأصاب أحدهما خمسة والآخر أربعة فالأول ناضل، ولو رمى أحدهما عشرين فأصاب خمسة، ورمى الآخر تسعة عشر فأصاب أربعة لم يكن الأول ناضلاً حتى يرمي الثاني سهماً، فان أصاب فقد استويا، وإلّاكان ناضلاً[1]. وكان عليه أن يزيد فيه: مع التساوي في الرشق، فظهر من هذا أنه متى تحققت اصابة العدد المشترط من واحد خاصة مع الاستواء في الرشق وإن كان دون مجموع العدد المشترط في العدد تحقق كونه ناضلاً ولم يجب الاكمال.

وقال في تعريف المحاطة: هي أن يشترط الاستحقاق لمن خلص له من الإصابة عدد معلوم بعد مقابلةإصابات أحدهما باصابات الآخر وطرح ما يشتركان فيه، فاذا شرط عشرين رشقاً وخلوص خمس إصابات، فرميا عشرين فأصاب أحدهما عشرة والآخر خمسة فالأول هو السابق، وإن أصاب كل واحد منهما خمسة أو عشرة فلاسبق هنا[2].

وكان عليه أن يزيد فيه: مع إكمال العدد كله، فانه ليس المراد الخلوص كيف

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٦٢.

(٢) التذكرة ٢ : ٣٦٢.

ب: العلم بعدد الرشق، وهو شرط في المحاطة قطعاً، وفي المبادرة على اشكال.

ج: العلم بعدد الإصابة كخمسة من عشرين.

د: العلم بصفتها، فيقولان: خواصل، او خواسق، أو غيرهما

كان، بل بعد إكمال جميع العدد المشترط.

قوله: (العلم بعدد الرشق، وهو شرط في المحاطة قطعاً، وفي المبادرة على إشكال).

أما اشتراطه في المحاطة فظاهر؛ لأن المراد خلوص إصابة كذا بعد مقابلة الاصابات من الجانبين من عدد يجب اكماله فلابد من تعيينه، وإلّا أفضى إلى الجهالة والتنازع.

وأما المبادرة فمنشأ الاشكال: من أن الاستحقاق متعلّق بالبدار إلى إصابة العدد المعيّن حيث اتفق، ولايجب اكمال العدد المشروط فلاحاجة إلى تعيينه، ولأصالة البراءة من الاشتراط، واختاره الشارح الفاضل[1].

ومن أنه لولا ذلك لكان ـ اذا لم تتفق الاصابة المشترطة لهما أو لأحدهما ـ لايكـون لهما غاية يقفان عندها، فربما طلب أحدهما الرمي بمقتضى العقد وامتنع الآخر فيحصل التنازع والتجاذب على وجه لاسبيل الى قطعه، إذ لو أُلزم الممتنع بالإجابة أمكن أن يستمر عدم الاصابة إلى غير النهاية، وبالاشتراط افتى الشيخ في المبسوط[2]، وابن ادريس[3]، وابن سعيد[4].

---

(١) ايضاح الفوائد ٢ : ٣٧٠.

(٢) المبسوط ٦ : ٢٩٦.

(٣) السرائر : ٣٧٦.

(٤) شرائع الإسلام ٢ : ٢٣٨.

ولو شرطا الخواسق والحوابي معاً صح، ولو أطلقا فالأقرب حمله على الخواصل.

والتحقيق أن يقال: لاوجه لهذا الاشكال على تقدير لزوم العقد، بل لا بد من الاشتراط دفعاً للغرر والجهالة وحسماً لمادة التنازع. وكذا على القول بالجواز؛ لأنه بدون التعيين متى ظهرت علامات الفضل لأحد الراميين لايجوز للمفضول الفسخ، فلابد من غاية معيّنة يقفان عندها تكون حاسمة لمادة النزاع.

قوله: (ولو شرطا الخواسق والحوابي معاً صح).

أي: شرطا الجمع بين الوصفين في إصابة عدد معين، كخمسة، ثلاثة منها خواسق مثلاً والباقي حوابي. ولاشك في جوازه، إلّا أنه لاوجه لافراد هذين الوصفين اذ جميع اوصاف الرمي كذلك. ولعله يريد: الجمع بينهما في سهم واحد وهو صحيح أيضاً، إذ لامنافاة بين كون السهم حابياً وخاسقاً.

قوله: (ولو أطلقا فالأقرب حمله على الخواصل).

وجه القرب أن ذلك هو القدر المشترك بين الجميع فهوالمطلق معنى فيحمل الإطلاق لفظاً عليه، إذ الأصل البراءة من وجوب التعيين، ولأن اسم الإصابة واقع على الجميع فيكفي اشتراطه.

ويحتمل اشتراط التعيين؛ لأن اخلاء العقد من التعيين أعم من الاطلاق وعدمه، ولادلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات ،واختاره الشيخ في المبسوط[1]، والمصنف في التحرير[2]، واختار في التذكرة الأول[3]، وهو أقوى. وليس العقد خاليا عن التعيين؛ لأن اشتراط الاصابة في قوة اشتراط المطلق، ولاغرر هنا.

---

(١) المبسوط ٦ : ٢٩٦.

(٢) تحرير الاحكام ١ : ٢٦٣.

(٣) التذكرة ٢ : ٣٦١.

هـ: تساويهما في عدد الرشق والإصابة وصفتها وسائر أحوال الرمي، فلو جعلا رشق أحدهما عشرة والآخر عشرين، أو إصابة أحدهما خمسة والآخر ثلاثة، أو أحدهما خواسق والآخر خواصل، أو يحط أحدهما من إصابته سهمين، أو يحط سهمين من إصابته بسهم من إصابة صاحبه، أو يرمي أحدهما من بُعد والآخر من قرب، أو يرمي أحدهما وبين أصابعه سهم والآخر سهمان، أو يحط أحدهما واحداً من خطائه لاله ولا عليه لم يصح.

و: العلم بقدر الغرض إما بالمشاهدة أو بالتقدير؛ لاختلافه في السعة والضيق.

ز: معرفة المسافة إما بالمشاهدة، أو بالتقدير كمائة ذراع.

ح: تعيين الخطر.

ط: جعله للسابق.

قوله: (تساويهما ـ الى قوله ـ ولا عليه لم يصح).

وجهه في جميع المسائل عدم التكافؤ الذي هو مناط الصحة؛ لأن الفرض استناد اصابة المصيب منها بحذقه، لابسبب آخر من زيادة رشقه أو قرب موقفه.

والمراد من كونه لاله ولا عليه في قوله: (أويحط أحدهما واحداً من خطأه لاله ولا عليه). اسقاطه بحيث لايكون محسوباً من الرمي فيرمى بدله.

قوله: (العلم بقدرالغرض إما بالمشاهدة أو بالتقدير، لاختلافه في السعة والضيق).

وشرط في التذكرة أيضاً العلم بموضعه من الهدف: وهو تراب يجمع أوحائط يبنى لينصب فيه الغرض، والغرض: جلد، أو شن ـ وهو الجلد البالي ـ أو قرطاس

ي: تماثل جنس الآلة لاشخصها، ولاتعيين السهم، ولو عينها لم يتعين.

يدور عليه شنبر[١] وقيل: ماينصب في الهدف يقال له القرطاس سواء كان من كاغذ أو غيره، وماتعلق في الهواء فهو الغرض، والرقعة عظم ونحوه في وسط الغرض. وقد يجعل في الشن نقش كالهلال يقال له الدائرة، وفي وسطها نقش يقال له الخاتم[٢].

وشرط في التذكرة شرطاً آخر وهو معرفة قدر الدائرة من الغرض ان شرطت الإصابة فيها[٣].

قوله: (تماثل جنس الآلة لاشخصها، ولا تعيين السهم، ولو عيّنها لم يتعين).

أما تماثل جنس الآلة فانه معتبر في نحو السهام والمزاريق[٤]، فلا يجوز اشتراط رمي واحد منها بالسهام وآخر بالمزاريق ونحو ذلك، واستشكل الحكم في التذكرة[٥].

وأما بالنسبة الى القوس فان التماثل شرط مع إطلاق العقد على الرمي، فلو أراد أحدهما الرمي بقوس عربية والآخر بقوس عجمية لم يكن لهما ذلك، ولو اشترطا ذلك في العقد جاز، كذا ذكره المصنف في التحرير[٦].

وفي التذكرة: أنه إن كان هناك عرف بجنس معيّن من القوسين حمل الإطلاق عليه وإلاّ كانا بالخيار فيما اتفقا عليه من القوسين إذا كانا فيهما متساويين، وإلاّ قيل

---

(١) قال الشيخ الطوسي في المبسوط ٦ : ٣٠٨ «الشنبر: هو الجريد المحيط بالشنّ، كشنبر النخل».

(٢) التذكرة ٢ : ٣٦٢.

(٣) التذكرة ٢ : ٣٦٢.

(٤) المزاريق، جمع مفرده المزراق: أي الرمح القصير. المعجم الوسيط ١ : ٣٩٣.

(٥) التذكرة ٢ : ٣٦١.

(٦) التحرير ١ : ٢٦٣.

ولو لم يعينا الجنس انصرف الى الأغلب في العادة، فإن اختلفت فسد.

يا: تعيين الرماة، فلايصح مع الإبهام؛ لأن الغرض معرفة حذق الـرامي. وفي الحيوان يعتبر تعيين الحيوان لا الراكب؛ لأن الغرض هناك معرفة عدو الفرس لاحذق الراكب.

لهما: إن اتفقتما وإلّا فسخ العقد بينكما[1].

وكلامه هنا مخالف لما في التذكرة والتحرير معاً، لأن اطلاقه اشتراط تماثل جنس الآلة وحكمه بفساد العقد مع الاختلاف عادة كالصريح في المخالفة، أما تعيين شخص الآلة فقد اطبقوا على عدم اشتراطه، بل لو عيّنه لم يتعين وجاز الإبدال ويفسد الشرط؛ لأنه قد تعرض له أحوال خفية تحوج الى الإبدال، وفي المنع منه تضييق لا فائدة فيه، فكان كما لو عيّن المكتل في السلم.

ولايخفى أن بين القـوس والسهم وبـين المكتـل فرقاً بيّناً، وتعلّق الغرض بشخص الآلة أمر واضح، فإنّه ربما كان للقوس والسهم مدخل في الاصابة بخلاف المكتل فانه لاغرض متعلق به، بل الغرض متعلق بحصول الكيل على الوجه الصحيح.

قولـه: (ولو لم يعيّن الجنس انصرف الى الأغلب في العادة، فإن اختلفت فسد).

أما الحمل على العادة مع استقرارها فظاهر؛ لأنه جار مجرى التقييد لفظاً، وأما الفساد مع الإختلاف فلأنه لولاه لأدى الى التنازع والتجاذب فيفوت غرض المسابقة.

قوله: (وفي الحيوان يعتبر تعيين الحيوان لا الراكب، لأن الغرض هناك معرفة عدْو الفرس لاحذق الراكب).

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٦١.

وكل ما يعتبر تعيينه لو تلف انفسخ العقد، ومالا يعتبر يجوز إبداله لعذر وغيره.

ولو تلف قام غيره مقامه، فلو شرطا أن لايرميا إلّا بهذا القوس أو هذا السهم، أو لا يركب إلّا هذا الراكب فسد الشرط.

وتصح المناضلة على التباعد كما تصح على الإصابة، فلا تعتبر شروط الإصابة.

أي: وفي مسابقة الحيوان يعتبر تعيين الحيوان، ولايخفى أن ماذكره من التعليل غير واضح ،لأنّ حذق الراكب وتعلمه الفروسية أمر مطلوب، ومدخليته في الحرب أمر لايدفع، واختلاف الفرسان باعتبار الفروسية في إظهار النكاية في العدو مع اتحاد الفرس أمر ظاهر.

ثم في الجمع بين هذا وبين ماذكره من الإشكال في أن الوارث له الاتمام لو مات الفارس نظر، فانه إن ثبت جواز إبدال الراكب مع اشتراط تعيينه، وقلنا بلزوم العقد أو بجوازه وقد ظهر فضل الميت، ينبغي الجزم بأن للوارث الإتمام. وكذا الكلام في قوله: أو لا يركب إلّا هذا الراكب فسد الشرط، وقد وقع التصريح بذلك في عبارات القوم.

قال في التذكرة في مسألة اشتراط تساوي المتسابقين في مبدأ السباق: فلو شرطا تقدم موقف أحدهما أو تقدم غايته لم يجز؛ لأنه مناف للغرض إذ المقصود من المسابقة معرفة فروسية الفارس وجودة سير الفرس، وإنما يعرف ذلك مع تساوي المبدأ والمنتهى فيهما[1]، وهذا تصريح بما قلناه.

قوله: (وتصح المناضلة على التباعد كما تصح على الاصابة فلا يعتبر شرط الاصابة).

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٥٥.

يب: إمكان الإصابة المشروطة لا امتناعها، كما لو شرطا الإصابة من خمسمائة ذراع، أو إصابة مائة على التوالي. ولا وجوبها كإصابة الحاذق واحداً من مائة،

وجهه: إنّ البعد في الرمي وزيادة ذهاب السهم أمر مطلوب كالاصابة، وذلك لأنه يفيد في مقابلة العدو من بعد إرهابه، وكذا إيقاع السهام في القلاع، وحيث كان مقصوداً برأسه لم تشترط الاصابة، والقول بجواز ذلك مقرب التذكرة، واشترط تساوي القوسين في الشدة، ومراعاة خفة السهم ورزانته، لأن لها تأثيراً عظيماً في ذلك[1].

واعلم أن التعليل المذكور يُشعر بجواز المناضلة على التباعد الى جهة فوق، للاحتياج اليه فيما إذا كان العدو في علو.

قوله: (امكان الاصابة المشروطة).

المراد بامكان الاصابة: كونها ممكنة بحسب العادة متوقعاً حصولها.

قوله: (لاامتناعها، كما لو شرطا الإصابة من خمسمائة ذراع، أو اصابة مائة على التوالي).

المراد عدم امتناعها بمجرى العادة، فإنّ ذلك ـ اشتراط الممتنع ـ مخل بمقصود المتناضلين من بذل المال؛ لأن الغرض المناضلة طمعاً في تحصيله، ومع عدم الإمكان لايتأتى ذلك، وذلك كما لو شرطا الاصابة من خمسمائة ذراع، أو إصابة مائة على التوالي.

قوله: (ولا وجوبها كاصابة الحاذق واحداً من مائة).

كما لايجوز اشتراط الممتنع عادة كذا لايجوز اشتراط محقق الوقوع في العادة؛ لمنافاته الغرض من حصول الحذق في الرمي، كإصابة الحاذق واحداً من مائة

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٦٢.

والوجه صحة الأخير لفائدة التعليم والنادر الأقرب صحته كبعد أربعمائة.

على هيئة الحاصل كما صرح به في التذكرة[1].

ولايخفى ان المتبادر من قوله: (امكان الاصابة المشروطة لا امتناعها ولا وجوبها) أنه لايشترط الامتناع ولا الوجوب ؛ لأنه في سياق الشروط، والأمر سهل لأن المطلوب معلوم، فانه لايخفى أن المراد اشتراط امكان الاصابة لصحة العقد، فلايصح اشتراط الممتنع ولا الواجب.

قوله: (والوجه صحة الأخير لفائدة التعليم).

الذي تقتضيه العبارة كون الأخير هو الواجب عادة ـ اصابة الحاذق واحداً من مائة ـ والذي يدل عليه التعليل خلاف ذلك ، فإن فائدة التعليم لاتترتب على هذا، ولعله يريد الأخير من الأمرين اللذين مثّل بهما للممتنع، وكيف كان فالعبارة لاتخلو من شيء.

ووجه مااختاره المصنف ماأشار اليه من أن الغرض فائدة التعليم، ولاريب أن التوجه الى الإتيان بالأمر الذي يندر وقوعه في العادة يكسب حذقاً واستعداداً، وربما اتفق حصوله فانه غير ممتنع، بخلاف الاصابة من خمسمائة ذراع ومافوقه. ويحتمل العدم؛ لاطلاق عدم الجواز وعدم حصول الغرض منه، وفي الأول قوة.

قوله: (والنادر الأقرب صحته كبعد أربعمائة).

وجه القرب التمسك بعموم: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [2] وإمكان تحصيل المقصود، ولأن غرض التحذق في الرمي يحصل بطريق أقوى، لأن الرامي يجتهد كمال الاجتهاد حينئذ في الاصابة فيستفيد ذلك.

ويحتمل العدم؛ لأن هذه المعاملة إنما شرعت تحريضاً على الرمي والاجتهاد فيه باشتراط المال فيها، فاذا كان المشروط بعيد الحصول تبرمت النفوس به. والأول

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٦٥.

(٢) المائدة : ١.

ولايشترط تعيين المبتدىء بالرمي بل يقرع، ثم لاينسحب في كمال الرشق،

أقوى؛ لأن اشتراط مثل هذا ادخل في حصول الحذق. وقد قيل[١] إنه ماأصاب من اربعمائة ذراع إلاّ عقبة بن عامر الجهني، ذكره المصنف في التذكرة[٢].

قوله: (ولايشترط تعيين المبتدئ بالرمي بل يقرع، ثم لاينسحب في كمال الرشق).

التناضل يخالف التسابق، فإن المتسابقين بالخيل وشبهها يجريان معاً ليعرف السابق منها، إذ لايعرف بدونه. وأما التناضل فلابد فيه من الترتب، حذراً من اشتباه الحال بين المصيب والمخطئ، إلاّ ان يُعرف بتعليم النشاب بما يميز كل واحدة عن صاحبتها، كذا قال في التذكرة[٣].

ولايندفع به الاشتباه، فإن احداهما لو مرقت من الغرض مثلاً ووقعت مع التي لم تصب اشتبه الحال، وحينئذ فيجب: إما تعيين المبتدئ بالرمي وكيفيته: أن يتراميان سهماً سهماً أو أزيد، أو يستخرج المبتدئ بالقرعة، ثم لاينسحب الحكم بالقرعة في كمال الرشق، بل مَن اخرجته القرعة يبتدئ في كل مرة. ووجه عدم اشتراط تعيين المبتدئ والاكتفاء بالقرعة: أن الشارع جعلها في كل أمر مشكل.

ولايقال: إن الإخلال بتعيين المبتدئ في العقد يقتضي وقوعه على الغرر والجهالة؛ لأن الاغراض تتعلق بالبداءة، والرماة يتنافسون في ذلك تنافساً ظاهراً لحكمة مقصودة عند العقلاء فان المبتدئ يجد الغرض خالياً من الخلل، وهو على ابتداء النشاط فتكون اصابته أقرب.

لأنا نقول: هذا إذا لم يكن الى التعيين طريق، أما معه فلا، حيث أن تعيين

---

(١) في «ه» والحجرية: نقل.

(٢) التذكرة ٢ : ٣٦٢.

(٣) التذكرة ٢ : ٣٦٣.

ولا ذكر المبادرة ولا المحاطة، ولا يحمل المطلق على المبادرة.

المبتدئ ليس من الأمور المعدودة من أركان العقد كعدد الإصابة فيكتفى فيه بالقرعة.

وينبغي أن يقيد قول المصنف: (ثم لاينسحب في كمال الرشق) بما إذاخرجت القرعة المبتدئ في كل رشق وإلّا اتجه الانسحاب. وقد ذكره المصنف في التذكرة احتمالاً، بل ذكر احتمالين إذا أخلّا بتعيين المبتدئ: أحدهما البطلان، والآخر الاكتفاء بالقرعة، ولم يرجح واحداً منهما[١].

قوله: (ولا ذكر المبادرة ولا المحاطة).

أي: لايشترط في صحة العقد أن يذكر كون الاصابة مبادرة أو محاطة، وقد سبق تفسيرهما عملاً بإصالة عدم الاشتراط وانتفاء الدليل الدال عليه، ولا جهالة؛ لأن الاطلاق منزّل على أحدهما، وهذا أحد القولين.

والآخر اشتراط تعيين أحدهما حذراً من التنازع والتجاذب، فان الاغراض تختلف باعتبارهما اختلافاً ظاهراً، فانه ربما كان الرامي باعتبار المبادرة ناضلاً ثم يصير بمقتضى المحاطة منضولاً وبالعكس ، والأصح الأول، فحينئذٍ ينزّل إطلاق العقد على المحاطة أم المبادرة؟

قيل بالثاني؛ لأن المتبادر من اشتراط السبق لمن أصاب عدداً معيّنا استحقاقه اياه متى ثبت له ذلك الوصف، ولأن الغالب في المناضلة هو المبادرة.

وقيل بالأول، وهو الأصح؛ لأن اشتراط السبق إنما يكون باصالة معيّنة من أصل العدد المشترط في العقد، وذلك يقتضي، اكمال العدد كله لتكون الاصابة المعيّنة منه، فانهما إذا عقدا على أن من أصاب خمسة من عشرين كان له كذا كان مقتضاه رمي كل منهما عشرين وإلّا لم يتحقق كون الخمسة التي حصلت الاصابة بها من العشرين، وذلك هو معنى المحاطة، إذ المراد بها: خلوص إصابة الخمسة من رمي

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٦٣.

المطلب الثاني: في الأحكام: أقسام المناضلة ثلاثة:

المبادرة: مثل مَن سبق إلى إصابة خمس من عشرين فهو السابق، فلو أصاب أحدهما خمسة من عشرة والآخر أربعة، فالأول سابق ولايجب الإكمال.

ولو أصاب كل منهما خمسة فلا سبق، ولا يجب الإكمال أيضاً.

العشرين لواحد، والى هذا أشار المصنف بقوله: (ولايحمل المطلق على المبادرة)؛ لأنه إذا لم يشترط التعيين ولم يحمل المطلق على المبادرة تعيّن أن يحمل على المحاطة لانتفاء قسم ثالث.

قوله: (المطلب الثاني: في الأحكام: اقسام المناضلة ثلاثة).

أراد بالأقسام الثلاثة: المبادرة، والمناضلة، والمحاطة. وفي عدّه الاقسام ثلاثة نظر؛ لأن المناضلة هي المحاطة، وليس ثَم إلّا الاختلاف في التسمية، فانه لابد في كل منهما من مقابلة الاصابات وخلوص القدر المشترط اصابته لأحدهما مع اكمال مالاتنتفي الفائدة مع اكماله على ماسيأتي بيانه ان شاء الله تعالى.

وقد صرّح المصنف بنحو ذلك في التحرير فإنّه قال: ولو قالا: ايّنا نَضَلَ صاحبه بثلاث من عشرين فهو سابق. فهو محاطة، ويسمّى أيضاً مناضلة[1]، وفي التذكرة لم يذكر المناضلة مع المحاطة والمبادرة، نعم حكى عن بعضهم أن الأقسام ثلاثة: المبادرة، والمحاطة، والحوابي: وهي أن يرميا على أن يسقّط الأقرب والأشد الأبعد[2]، وكيف كان فكلامه هنا لا يخلو من شيء.

قوله: (المبادرة :مثل من سبق الى إصابة خمس من عشرين ـ الى

---

(١) التحرير ٢ : ٢٦٤.

ويحكم بالسبق لو أصاب أحدهما خمسة من تسعة والآخر أربعة منها بدون العاشر.

والمفاضلة: مثل من فضل صاحبه بإصابة واحدة أو اثنتين أو ثلاثة من عشرين فهو السابق.

ويجب الاكمال مع الفائدة، فلو شرطا ثلاثة، فرميا اثنتي عشرة فأصابها أحدهما وأخطأه الآخر لم يجب الإكمال.

ولو أصاب عشراً لزمها رمي الثالثة عشرة، فإن أصابها، أو أخطاها، أو أصابها الأول فقد سبق ولا إكمال، فإن أصابها الثاني خاصة لزمها الرابعة عشرة، وهكذا.

ولو رميا ثماني عشرة، فإن أصاباها، أو أخطآها، أو تساويا في

قوله ـ بدون العاشر).

أشار بقوله: (مثل) الى بيان صفة المبادرة وذكر صوراً ثلاثاً، ومتى استويا في الرشق مع تحقق الاصابة لم يجب الإكمال، سواء أصاب أحدهما أو كلاهما، وإلّا وجب.

قوله: (ولو أصاب عشراً لزمها رمي الثالثة عشر).

أي: لو أصاب أحدهما عشراً وأخطأ الآخر الجميع وقد رميا اثنتا عشرة.

قوله: (فإن اصابها الثاني خاصة لزمها الرابعة عشر وهكذا).

لأنه إذا إنفرد الثاني بإصابتها رجي له أن لا يفضله الأول؛ لإمكان إصابة السبع الباقية، فإذا رميا الرابعة فأصاباها، أو اخطآها، أو أصابها الأول خاصة فلا إكمال؛ لانتفاء الفائدة فإنّ الأول قد فضل، وإن أصابها الثاني خاصة وجب رمي الخامسة عشر، وهكذا الى العشرين.

قوله: (ولو رميا ثماني عشرة فأصاباها، أواخطآها، أو تساويا في

الإصابة فيها لم يجب الإكمال.

والمحاطة: مثل من أصاب خمساً من عشرين فهو السابق، فلو أصابا خمسة من عشرة تحاطا وأكملا، وكذا لو اصاب أحدهما تسعة منها والآخر خمسة.

ولو لم يكن في الإكمال فائدة من رجحان، أو مساواة، أو منع عن التفرد بالإصابة بأن يقصر عن العدد لم يجب الإكمال، كما لو أصاب أحدهما خمسة عشر منها والآخر خمسة.

الاصابة فيها لم يجب الاكمال).

إذا كانت الصورة المذكورة بحالها ـ وهو أن يشترطا الفضل بثلاث من عشرين ـ إذا رميا ثماني عشرة فأصاباها فقد حصل اليأس من فضل أحدهما صاحبه، وكذا إذا اخطآها، أو أصابا بعضها وتساويا في ذلك، لأن أقصى ماهناك أن ينفرد أحدهما بإصابتها وذلك لايقتضي الفضل، فلا فائدة في الاكمال.

قوله: (ولو لم يكن في الاكمال فائدة من رجحان أو مساواة ـ الى قوله ـ والآخر خمسة).

أي: لو لم يكن في إكمال العدد المشترط فائدة لم يجب الاكمال في المحاطة، أما معها فيجب.

وتُتصور الفائدة بأن يستفيد المسبوق بالاكمال الرجحان، كما لو رميا اثنتي عشرة فأصابها أحدهما وأصاب الآخر منها تسعة، فان المسبوق يجوز تفرده باصابة جميع مابقي فيصير هو السابق، أو يستفيد المساواة، كما لو رميا سبعة عشر فأصابها أحدهما وأصاب الآخر أربعة عشر، فانه يجوز أن ينفرد باصابة الثلاثة الباقية فيستويان. أو يستفيد منع السابق عن التفرّد بالاصابة مع عدم المساواة ،كان يرميا خمسة عشر فيصيبها أحدهما ويصيب الآخر منها ستة، فانه يجوز أن ينفرد المسبوق

ولو أصاب الأول أربعة عشر وجب الإكمال ما لم تنتف الفائدة قبله.

ولو شرطا جعل الخاسق بإصابتين جاز.

ويجوز عقد النضال بين حزبين، كما يجوز بين اثنين.

بإصابة الخمسة الباقية، فيقصر عدد إصابة الأول عن الخمسة بواحد.

وقوله : (كما لو أصاب أحدهما...).

مثال ما إذا انتفت الفائدة أصلاً وبيان انتفائها: أن اقصي ماهناك إصابة المسبوق مابقي دون السابق، فيبقى للسابق بعد المحاطة اصابة خمسة.

قوله: (ولو أصاب الأول أربعة عشر وجب الاكمال مالم تنتف الفائدة قبله).

أي: في المثال السابق لو أصاب الأول أربعة عشر ـ والمراد به الذي فرض أنه أصاب خمسه عشر ـ والآخر خمسة وجب الإكمال؛ لإمكان إصابة الآخر الستة الباقية، وإخطاء الأول إياها مالم تنتف الفائدة قبل الإكمال، ويتحقق انتفاؤها حيث يكون فرض إصابة الآخر مابقي، وإخطاء الأول إياه لايقتضي نقصان مايبقى له بعد المحاطة عن خمسة.

قوله:(ولو شرطا جعل الخاسق باصابتين جاز).

أي: باصابتين دون الخسق، ووجه الجواز أن الخاسق يشتمل على الإصابة والثبوت، فجاز أن يجعل تلك الزيادة قائمة مقام إصابة أُخرى.

قوله:(ويجوز عقد النضال بين حزبين، كما يجوز بين اثنين).

ويكون كل واحد من الحزبين بمنزلة رامٍ واحد، ويدل على الجواز ماروي عن النبي صلى الله عليه وآله: مر بحزبين من الأنصار يتناضلون فقال: «أنا مع الحزب

ولايشترط تساوي الحزبين عدداً بل تساوي الرميات، فيرامى واحد ثلاثة ليرمي هو ثلاثة وكل واحدٍ واحداً، فإن عقد النضال جماعة على أن يتناضلوا حزبين احتمل المنع؛ لأن التعيين شرط الجواز، فينصب لكل حزبٍ رئيس يختار واحداً من الجماعة، والآخر آخر في مقابلة الأول، ثم يختار الأول ثانياً والثاني ثانيا في مقابلة ثاني الأول، وهكذا، إلى أن ينتهيا على الجماعة.

الذي فيه ابن أدرع»[1]. فأقرهم على ذلك، ولأن المقصود التحريض على الاستعداد للجهاد، وهو في الأحزاب أشد تحريضاً وأكثر اجتهاداً.

إذا عرفت ذلك، فالمراد من تناضل الحزبين دخول جماعتين في النضال، يتقدم كل واحد منهم فيعقد النضال على جميعهم، ويكون كل حزب فيما يتفق لهم من الإصابة والخطأ كالشخص الواحد.

قوله: (ولايشترط تساوي الحزبين عدداً بل تساوي الرميات، فيُرامى واحد ثلاثة، ليرمي هو ثلاثة، وكل واحد واحداً).

هذا أحد الوجهين، ووجهه: أن الحزب بمنزلة الشخص الواحد فجاز أن يقابل به الواحد. واصحها ـ واختاره في التذكرة ـ[2] اشتراط تساويهما عدداً؛ لأن التكافؤ شرط، وربما كانت الإصابة مستندة الى كثرة العدد.

قوله: (فإن عقد النضال جماعة على أن يتناضلوا حزبين إحتمل المنع؛ لأن التعيين شرط الجواز، فينصب لكل حزب رئيس يختار واحداً من الجماعة، والآخر آخر في مقابلة الأول، ثم يختار الاول ثانياً، والثاني ثانياً في مقابلة ثاني الأول، وهكذا الى أن ينتهيا على الجماعة).

---

(١) جامع الأصول ٥ : ٤٤ حديث ٣٠٤٣، عوالي اللآلي ٣ : ٢٦٦ حديث ٥، مستدرك الوسائل ٢ : ٥١٦ حديث ٣.

(٢) التذكرة ٢ : ٣٦٣.

. . . .

حيث أنه يجوز عقد النضال بين حزبين لكل حزب رئيس ،فهل يشترط تعيين رماة كل حزب منها قبل العقد باتفاق ومراضاة، فيعرف كل واحد من الرئيسين من يرمي معه بأن يكون حاضراً يراه أو غائباً يعرفه؟ أم يجوز أن يعقد الزعيمان عليهم ليقرعوا على من يكون في كل حزب؟.

فيه وجهان أصحهما الأول؛ لأن تعيين الرامي شرط في العقد فأنه من أركانه، ولأنه ربما اخرجت القرعة الحذّاق لأحد الحزبين والضعفاء للحزب الآخر فيخرج عن مقصود التناضل، وهو مختار المصنف في التذكرة[1]، واختار في التحرير الثاني[2].

إذا عرفت ذلك فحيث شرطنا تعيينهم قبل العقد فلابد من أن ينصب لكل حزب رئيس لينوب عنهم في العقد فلا يكفي للحزبين رئيس واحد، ولا بد أن يكون مطاعاً بينهم. وينبغي أن يكون مقدّماً عليهم في الرمي؛ لأن صفة الزعيم في العرف أن يكون متقدّماً في الصناعة مطاعاً في الجماعة، وحينئذٍ فيعيّن كل منهما مَن يكون معه أما بالاشارة إن حضروا وإن لم يُعرفوا، وأما باسمائهم إذا عرفوا، فيختار أحد الزعيمين واحداً من الجماعة والآخر آخر في مقابله، ثم يختار الأول ثانياً والثاني ثانياً في مقابلة ثاني الأول، ثم يعود الأول ويختار ثالثاً وكذا الثاني، وهكذا الى آخر الجماعة. وليس لأحدهما أن يختار الثلاثة مثلاً في حالة واحدة، لأنه لا يختار إلّا الأحذق فيجتمع الحذّاق في حزب والضعفاء في حزب فيفوت مقصود التناضل.

ولو تنازعوا في المتقدم في الاختيار عدلوا الى القرعة ، ولا محذور هنا لأنها قرعة في الاختيار قبل العقد وليست قرعة فيه، والى هذا أشار المصنف بقوله: (والابتداء بالقرعة) وإن لم يكن صريحاً في المراد؛لأن القرعة حيث يقع التنازع لا مع الاتفاق على إبتداء واحد. ولا يمكن أن يريد بها القرعة بعد العقد؛ لأنه لا ابتداء

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٦٣.

(٢) التحرير ٢ : ٢٦٥.

والابتداء بالقرعة، فإن شرط الزعيم السبق على نفسه لم يلزم حزبه شيء، وإلّا كان عليهم بالسوية، ويكون للآخر بالسوية مَن أصاب ومَن لم يصب.

ويحتمل القسمة على قدر الإصابة فيمنع مَن لم يصب.

هنا، وإنما يقع التعيين بالقرعة.

وارجع الى عبارة الكتاب والحظ مافيها من الابهام، فإن المتبادر من سياق الكلام أن احتمال المنع جار في التناضل بين حزبين، وليس بمراد ولا صحيح؛ لأن التناضل بين حزبين جائز وإنما التنازع في جواز العقد قبل التعيين. نعم بعد تأمل الدليل الذي ذكره وتحصيل مدعى ينطبق عليه يفهم المراد.

ثم المتبادر من قوله: (فينصب لكل حزب رئيس ...) تفرعه على احتمال جواز العقد بين حزبين من غير تعيين وهو فاسد، لأن هذا إنما يكون إذا قلنا بالمنع واشترطنا التعيين قبل العقد، أما على الجواز فإنّ التعيين بعد العقد لايكون بفعلهما بل بالقرعة.

قوله: (فإن شرط الزعيم السبق على نفسه لم يلزم حزبه شيء، وإلّا كان عليهم بالسوية، ويكون الآخر بالسوية من أصاب ومن لم يصب. ويحتمل القسمة على قدر الاصابة فيمنع من لم يصب).

السبق في عقد النضال بين حزبين أما أن يكون من أجنبي، أو من الزعيم خاصة، أو من أحد الحزبين فقط، أو من كل منهما، ولا بحث في الصحة على التقديرات لكن إذا أخرجه أحد الحزبين أو كلاهما ولم يسمّوا قسط كل واحد من الجماعة يشتركون في التزامه بالسوية على عددهم من غير تفاضل فيه؛ لانتفاء المرجح عند إطلاق العقد. ويحتمل توزيع الغرم على قدر الخطأ على نحو توزيع القسمة على قدر الاصابة.

وإن سمّوا قسط كل واحد منهم وتساووا فلا بحث، وإن تفاضلوا فوجهان

. . . .

أصحها الجواز؛ لأنه شرط صدر باختيارهم ولا مانع منه، فانه يجوز ان يلتزم المال كل واحد منهم أو اجنبي، وأضعفها العدم؛ لاستوائهم في العقد فوجب أن يتساووا في التزام العوض ، وليس بشيء.

ولم يتعرض المصنف الى هذا القسم، إذ المتبادر من قوله: (وإلّا كان عليهم بالسوية) إنه إذا لم يشترط الزعيم السبق على نفسه كان بمقتضى الاطلاق عليهم بالسوية وإن كان مدلول العبارة أعم من التعيين وعدمه، أذ لا يمكن أن يريد أنه مع التعيين بالتفاوت يكون عليهم بالسوية.

وقوله: (ويكون الآخر بالسوية من أصاب ومن لم يصب...) معناه: ويكون الحزب الآخر وهو المصيب بالسوية في قسمة السبق مَن أصاب و مَن لم يصب؛ لاشتراكهم في العقد على وجه صاروا بمنزلة الشخص الواحد فيأخذون بالسوية كما أن المنضولين يعطون بالسوية.

وتحتمل القسمة على عدد الاصابات، فيكون لمن كثرت إصابته اكثر، ويمنع من لم يصب؛ لأنهم بالاصابة قد استحقوا فلا يستوي قليل الإصابة وكثيرها.

ويضعّف بأن الحزب بمنزلة الشخص الواحد، فإذا شرط المال للحزب الناضل كان مقتضى الاشتراط الاستواء فيه. نعم لو شُرطت القسمة على قدر الاصابة اتبع الشرط، وكذا لو شرط عدم غرم المصيب من الحزب المنضول، أو توزيعه على قدر الخطأ؛ لأنه شرط لا ينافي مقتضى العقد.

ولايخفى ما في قوله: (ويكون الآخر بالسوية) من اللبس والخفاء، إذ لا يُعرف ما المراد بالآخر، فإن الزعيم في قوله: (فإن شرط الزعيم) قد يُراد به أحدهما، وقد يُراد كل منهما؛ لأن الشرط قد يكون من واحد من الحزبين، وقد يكون منهما، وقد يكون من واحد من الزعيمين، وقد يكون منهما ولايكون لقوله: (ويكون الآخر بالسوية) إلّا على تقدير أن يكون الشرط من أحد الزعيمين فقط، أو أحد الحزبين

ويشترط قسمة الرشق بين الحزبين بغير كسر، فيجب اذا كانوا ثلاثة الثلث، وأربعة الربع.

ولو كان في أحد الحزبين مَن لايحسن الرمي بطل العقد فيه وفي مقابله، ويتخيّر كل من الحزبين لتبعض الصفقة.

فقط. نعم يمكن الاعتناء بالعبارة فيقال: وإلّا كان عليهم بالسوية، إنما يكون ذلك إذا صاروا منضولين فيراد بقوله: (ويكون الآخر) الحزب الناضلون.

قوله: (وتشترط قسمة الرشق بين الحزبين بغير كسر، فيجب إذا كانوا ثلاثة الثلث، وأربعة الربع).

أي: يشترط لصحة النضال بين الحزبين أن يكون الرشق ـ وهو عدد الرمي المشترط بينهما ـ بحيث ينقسم عليهم بغير كسر، فإذا كان الحزب ثلاثة وجب ان يكون للعدد ثلث صحيح ، وإن كان اربعة وجب ان يكون ربع صحيح، فلا يجوز اشتراط نحو الاربعة والحزب ثلاثة، لأن السهم لايقبل القسمة ولايتعين محله مع الإطلاق. ولو شرط لواحـد منهم لم يصح عندنا ،لوجوب استوائهم في عدد الرمي بحيث يحصل التكافؤ . واعلم ان المراد من قوله : (وتشترط قسمة الرشق بين الحزبين ...) اشتراط انقسام الرشق بغير كسر في صحة العقد، فاطلق القسمة واراد الانقسام.

قوله: (ولو كان في احد الحزبين من لايحسن الرمي بطل العقد فيه وفي مقابله، ويتخيّر كل من الحزبين لتبعض الصفقة).

اي: لو ادخل احد الزعيمين في احد الحزبين من لايُحسن الرمي اصلاً، لعدم العلم بحاله، كما لو حضر غريب لايعرفونه فأخذه احد الزعيمين في حزبه بظن أنه جيد الرمي فظهر خلافه بطل العقد فيه، لأنّه معقود عليه في عمل معدوم منه لايمكن صدوره عنه، فكان بمنزلة من استؤجر للكتابة وهو لايحسنها فإنّ الإجارة باطلة ،فاذا بطل العقد فيه وجب ان يبطل في مقابله من الحزب الآخر، لأن العقد إنّما جرى عليه

ولو ظهر قليل الإصابة فقال حزبه: ظنناه كثير الإصابة، أو كثير الإصابة فقال الحزب الآخر: ظنناه قليل الإصابة لم يسمع.

ولو قال المسبوق: اطرح فضلك واعطيك ديناراً لم يجز.

واذا شرطا الخاصل، وهي الإصابة المطلقة اعتد بها كيف ما وجدت بشرط الإصابة بالنصل، فلو أصاب بعرضه أو بفوقه لم يعتد به؛ لأنه من سيئ الخطأ.

لكونه مقابله، وحينئذ فيتخير كل من الحزبين في فسخ العقد على القول بلزومه لتبعض الصفقة.

قوله: (ولو ظهر قليل الاصابة فقال حزبه: ظنناه كثير الاصابة، او كثير الاصابة فقال الحزب الآخر: ظنناه قليل الاصابة لم يسمع).

اي: لو ظهر الشخص الذي ادخله احد الزعيمين في حزبه يحسن الرمي لكنه قليل الاصابة فلا فسخ لأصحابه ،وليس لهم طلب البدل عنه وان قالوا: ظنناه كثير الإصابة، بل صوابه وخطؤه لحزبه وهو بمنزلة من عرفوه. كما أنّه لو ظهر كثير الإصابة اجود رمياً لم يكن للحزب الآخر الفسخ ولا طلب البدل، وذلك لان العقد قد جرى عليه صحيحاً مستوفياً شروطه فكان كأحدهم في لزومه او جوازه.

قوله: (ولو قال المسبوق: اطرح فضلك واعطيك دينارا لم يجز).

لأنه مفوت للغرض من المناضلة ومخالف لوضعها.

قوله: (وإذا شرط الخاصل ـ وهي الإصابة المطلقة ـ اعتد بها كيف ماوجدت بشرط الإصابة بالنصل، فلو اصاب بعرضه او بفوقه لم يعتد به، لأنه من سيّئ الخطأ).

لاريب أن الخاصل هو المصيب للغرض كيف ما اتفق، سواء قرع أو خسق أو خرق، لكن يشترط لكونه مصيباً أن تقع إصابة الغرض بالنصل.

ولو أطارت الريح الغرض فوقع في موضعه احتسب له، أما لو شرط الخاسق، فإن ثبت في الهدف وكان بصلابة الغرض احتسب له، وإلاّ فلايحتسب له ولا عليه. ولو أصابه في الموضع الذي طار إليه، فإن كان على صوب المقصد حسب له، وإلاّ عليه.

وقد اختلف فيما يسمى نصلاً: فقيل: إنه اسم للحديد المسمى زجا، وقيل: إنه اسم لطرف الخشبة الذي يوضع فيه الزج من الحديد.

فلو أصاب بعرض السهم احتسب مخطئاً؛ لأنه منسوب الى سوء رميه فهو من سيّئ الخطأ، وإن أصاب بفوق السهم ـ وهو الجزء الذي يدخل فيه الوتر، وربما أطلق عليه القِدْح؛ وقيل: إن القِدْح اسم لجميع الخشبة المريشة ـ فالأصح أنه كذلك؛ لأنه منسوب الى سوء رميه.

قوله: (ولو أطارت الريح الغرض فوقع في موضعه احتسب له، أما لو شرط الخاسق: فان ثبت في الهدف وكان بصلابة الغرض احتسب له، وإلاّ فلا يحتسب له ولا عليه، ولو أصابه في الموضع الذي طار إليه: فان كان على صوب المقصد حسب له، وإلاّ عليه).

إذا أطارت الريح الغرض عن موضعه: فأما أن يقع السهم في غير الغرض، وفي غير الموضع الذي كان فيه فيحتسب به مخطئاً؛ لأنه وقع في غير محل الإصابة قبل الريح وبعدها.

وأما أن يقع في الموضع الذي كان فيه الغرض من الهدف فيحتسب مصيباً؛ لوقوعه في محل الإصابة.

وأمـا أن يقع في الغرض بعد زواله عن موضعه: فأما أن يكون زواله بعد خروج السهم فيحتسب به من الخطأ؛ لوقوعه في غير محل الإصابة عند خروج السهم، وإما أن يخرج السهم بعد زواله عن موضعه وعلم الرامي بزواله فينظر في

. . . .

الموضع الذي صار فيه: فإن لم يكن مماثلاً لموضعه من الهدف لم يحتسب به مصيباً ولا مخطئاً؛ لخروجه عن محل الصواب والخطأ، وإن كان مماثلاً احتسب به مصيباً؛ لأنه قد صار محلاً للإصابة، ذكر ذلك كله في التذكرة[1].

ولابد من تقييد القسم الأخير بأن لاتكون إطارة الريح الغرض الى موضع هو أقرب الى موقف الرامي من موضعه الأول، وإلّا لوجب أن لا يحتسب به صواباً ولا خطأً، إذ ليس في محل واحد منهما.

إذا عرفت ذلك فارجع الى عبارة الكتاب، وأعلم أن القسم الأول مما ذكره في العبارة لا بحث في صحته، وأما الأخير وهو قوله ـ: (ولو أصابه في الموضع الذي طار إليه...) ـ فلا بد من تقييده بأن تكون إزالة الريح الغَرض قبل خروج السهم بحيث يقصده الرامي، وكون موضعه الذي صار فيه مماثلاً لموضعه من الغرض، وليس أقرب الى موقف الرامي، لأنه إذا لم يماثل موضعه الثاني موضعه الأول لم يكن على وفق الشرط فلم يعتد به ولو كان زواله بعد خروج السهم لم يكن موضعه محلاً للإصابة عند خروج السهم، اللّهم إلّا أن يريد بكونه على صوب المقصد تماثل الموضعين وعبور السهم إليه من موضعه الذي كان فيه، فإنه يستغنى عن القيدين الأولين حينئذ.

إلّا أنه يرد عليه كونه مستدركاً؛ لاندراجه في القسم الأول، وهو وقوع السهم في موضعه. ثم أن قوله (وإلّا فلا) لا يستقيم على إطلاقه حينئذٍ؛ لأنه إذا قصده في موضعه الذي طار اليه وتماثل الموضعان عُدّ مصيباً.

ولو كانا قد شرطا الخاسق فأطارت الريح الغرض فوقع السهم في الهدف وثبت : فإن كان بصلابة الغرض اُحتسب له قطعاً، وإلّا لم يحتسب له ولا عليه، بل يهدر لفقد ما به تتميز الإصابة من الخطأ.

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٦٧.

ولو أخطأ لعارض مثل كسر قوس ، أو قطع وترٍ، أو عروض ريح شديدة لم يحسب عليه، ولو أصاب ففي احتسابه له نظر.

ومثل ما هنا ذكر المصنف في التذكرة[١]، وعلى ما ذكره من التفصيل في المسألة التي قبلها والتي بعدها، وهو أنه إذا عرف قوة السهم بحيث يخرق احتسب خاسقاً ينبغي إعتبار مثله هنا.

قوله: (ولو أخطأ لعارض مثل: كسر القوس،أو قطع وتر، أو عروض ريح شديدة لم يحتسب عليه).

أي: لو حصل الخطأ مستنداً إلى عروض أمر: كإنكسار القوس، أو قطع الوتر، أو مرور إنسان ونحوه، أو حدوث علة في يد الرامي لم يحتسب ذلك عليه.

وقيّد في التذكرة إنقطاع الوتر وإنكسار القوس والسهم بأن لايكون وقوع ذلك من تقصيره وسوء رميه وإلّا حُسب عليه[٢]، وهو حسن. وكذا لو عرض للسهم ريح شديدة مثلها يغير السهم عن هيئته.

أما لو كانت الريح ضعيفة ففي إحتساب ذلك في الخطأ وجهان: أحدهما الاحتساب؛ لأنّا على يقين من عدم الإصابة وفي شك من تأثير الريح.

والثاني للشك في سبب الخطأ. وذكر في التذكرة الوجهين ولم يرجّح شيئاً منها[٣]، ولكل منها وجه.

قوله: (ولو أصاب ففي احتسابه له نظر).

أي: لو أصاب مع وجود العارض كالريح الشديدة، ومنشأ النظر: من تيقّن حصول الإصابة والشك في استنادها الى الريح، ومن أن شأن الريح القوية تغير السهم عن هيئته، فسبب الإصابة مشكوك في كونه الريح أو الرامي.

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٦٦.

(٢) التذكرة ٢ : ٣٧٠.

(٣) التذكرة ٢ : ٣٦٦.

ولو شرط الخاسق فمرق حسب له، ولو خرقه حسب عليه، ولو ثقبه ثقباً يصلح للخسق فوقع بين يديه فالأقرب احتسابه له.

والمصنف في التذكرة جزم مع الريح الضعيفة باعتبار الإصابة، ويمكن مجيء الوجهين اللذين ذكرهما في الخطأ هنا. وحكم بأن الريح الشديدة إن كانت موجودة عند ارسال السهم عليه كان محسوباً في الإصابة، لأن الظاهر أنه اجتهد في التحرز من تأثير الريح بتحريف سهمه فأصاب باجتهاده، وإن حدثت بعد إرسال السهم فاشكال.

والذي يقتضيه النظر أنه متى كان للعارض دخل في الإصابة أو الخطأ، لم يحتسب له ولا عليه، وإلاّ احتسب، ويعرف ذلك بقوة الرمي وضعفه، واستقامته وعدمه، ومع الشك يتمسك بالأصل.

قوله: (ولو شرط الخاسق فمرق حُسب له، ولو خرق حُسب عليه).

لأنه إذا مرق فقد أتى بأعلى من المشروط فيكون إصابة وزيادة، فإنّه ليس الغرض الثبوت وإنما الغرض أن يقوّي الرمية بحيث يتأتى معها الثبوت، وهو مقرب التحرير[1]، بخلاف ما إذا خرق فانه أدون.

قوله: (ولو ثقبه ثقباً يصلح للخسق ووقع بين يديه فالأقرب احتسابه له).

المراد بصلاحيته للخسق: أن يكون صالحاً للثبوت، فلو ثقبه ثقباً لا يصلح له فليس بخاسق قطعاً. ووجه القرب: أن الغرض حصول الإصابة على الوجه المخصوص وقد حصل؛ لأن الفرض أن الثقب صالح للثبوت فيه، والسقوط يحتمل أن يكون لسعة الثقب، وذلك يدل على جودة الرمي.

---

(١) التحرير ٢:٢٦٤.

ولو وقع في ثقب قديم وثبت احتمل الاحتساب له وعدمه.

وإذا تم النضال ملك الناضل العوض، وله التصرف فيه كيف شاء، وله أن يختص به، وأن يطعم أصحابه، ولو شرط إطعامه لحزبه فالوجه الجواز.

ويحتمل العدم؛ لانتفاء الوصف والشك في سببه، واختار في التذكرة الثاني[١]، وهو أقرب، إلّا أن يعلم استناد السقوط الى سعة الثقب أو ضعف الغرض ونحو ذلك.

قوله: (ولو وقع في ثقب قديم وثبت إحتمل الاحتساب له وعدمه).

وجه الأول: أنه قد أصاب وثبت فتحقق الخسق، ووجه العدم: أنه لم يخرق فلا يكون خاسقاً. وقال في التذكرة: الوجه أن يقول: إن عرفنا قوة السهم بحيث يخرق احتسب خاسقاً، وإلّا فلا[٢]، وهذا التفصيل أظهر.

قوله: (وإذا تم النضال ملك الناضل العوض وله التصرف فيه كيف شاء، وله ان يختص به وأن يطعم صاحبه).

يستفاد من قوله: (واذا تم النضال ملك الناضل العوض) أنّه لايملكه قبل ذلك، وهذا ينافي جواز الرهن به وضمانه، ولاشبهة انه اذا ملكه تصرّف فيه كيف شاء.

قوله: (ولو شرط اطعامه لحزبه فالوجه الجواز).

وجهه : عموم: «المسلمون عند شروطهم»[٣] فإنّه لم يقم دليل على بطلان هذا الشرط، وهو مختار المصنف في المختلف[٤].

وقيل يبطل الشرط والعقد معاً؛ لأنّ عوض العمل يجب أن يكون للعامل كالإجارة، فاشتراط خلافه مناف لمقتضاه، وببطلانه يبطل العقد، واختاره الشيخ في

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٦٧.

(٢) التذكرة ٢ : ٣٦٧.

(٣) الكافي ٥ : ٤٠٤ حديث ٨، التهذيب ٧ : ٣٧٢ حديث ٧٠، الاستبصار ٣ : ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

(٤) المختلف: ٤٨٤.

ولو قال لرام: إرم خمسة عني وخمسة عنك، فإن اصبت في خمستك فلك دينار لم يجز.

ولو قال: إرم فإن كانت إصابتك أكثر العشرة فلك دينار صح.

ولو شرطا احتساب القريب وذكرا حدّ القرب جاز،

المبسوط[1]، واختار في الخلاف بطلان الشرط دون العقد[2]، والأول ليس بذلك البعيد؛ لأن هذا العقد ليس معاوضة حقيقة، ولا هو على نهج المعاوضات؛ لوقوع المال ممن لادخل له في المسابقة، ولا يصل إليه شيء من العوض الآخر فيكون عموم: «المسلمون عند شروطهم»[3] بالنسبة الى هذا الفرد لا معارض له.

قوله: (ولو قال لرام: إرم خمسة عني وخمسة عنك فإن اصبت في خمستك فلك دينار لم يجز).

لامتناع المناضلة من شخص واحد، لأن الغرض حصول التحذق بمناضلة شخصين ليجتهد كل منهما في أن يكون ناضلاً، وذلك منتفٍ في الشخص الواحد فلا يكون وضع المناضلة حاصلاً.

قوله: (ولو قال: إرم فان كانت إصابتك أكثر العشرة فلك دينار صح).

لامانع من الصحة هنا؛ لأن ذلك بالجعالة أشبه ، نعم لو أراد بذلك مناضلة نفسه لم يصح لمخالفته وضع المناضلة.

قوله: (ولو شرطا احتساب القريب وذكرا حد القرب جاز).

أي: إذا شرطا في العقد احتساب القريب من الغرض دون البعيد منه، وذكرا

---

(١) المبسوط ٦ : ٣٠٢.

(٢) الخلاف ٣ : ٢٠٥ مسألة ١٠ كتاب السبق.

(٣) الكافي ٥ : ٤٠٤ حديث ٨، التهذيب ٧ : ٣٧٣ حديث ٧٠، الاستبصار ٣ : ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

وإن لم يذكرا احتمل الفساد ، والتنزيل على أن الأقرب يسقط الأبعد كيف كان، ولو شرطا ذلك لزم قطعاً.

ولو شرطا إسقاط مركز القرطاس ما حواليه احتمل الصحة والبطلان؛ لتعذره.

حد القرب من ذراع أو أقل أو أكثر جاز وصار الحد المضبوط كالغرض والشن في وسطه كالسدارة. ولو لم يذكراه وكان للرماة عادة مطردة حمل اللفظ المطلق على القدر المعتاد عندهم، كما يحمل الدرهم عند الإطلاق على المعتاد.

قوله: (وإن لم يذكرا احتمل الفساد، والتنزيل على أن الأقرب يسقط الأبعد كيف كان).

أي: إن لم يذكرا في العقد حد القرب احتمل الفساد والصحة، لكن إذا لم يكن للرماة عادة مطردة. وجه الفساد: الجهالة والغرر، والصحة: لأن ذلك غير قادح للتنزيل على أن الأقرب يسقط الأبعد كيف كان ـ أي كيف اتفق ذلك ـ من غير تقييد بحد، والفساد أوجه؛ لعدم استفادة هذا المعنى من اشتراط احتساب القريب.

أما لو شرطا ذلك في العقد فإنه يلزم قطعاً؛ لأنه نوع من الرمي معتاد بين الرماة، وهو ضرب من المحاطة، وإلى هذا أشار بقوله: (فإن شرطا ذلك لزم قطعاً) كما اذا قالوا: نرمي عشرين رشقاً على أن يسقط الأقرب الأبعد فمن فضل له خمسة فهو ناضل.

قوله: (ولو شرطا إسقاط مركز القرطاس ما حواليه احتمل الصحة، والبطلان لتعذره).

أي: لو شرطا لأسقاط إصابة مركز القرطاس اصابة ما حواليه، ووجه الجواز: الأصل، وأن فيه التحريض على الحذق، ووجه البطلان: أن وسط القرطاس متعذّر قصده، واصابته اتفاقية فقد يصيبه الأحذق. وفيه نظر، لأنا نمنع تعذره، وندوره

ولو انكسر السهم بنصفين فأصاب بالمقطع من الذي فيه الفوق حسب، وإن أصاب بالنصل من الآخر فاشكال.

لا يخل بالصحة، فيكون الأول أوجه.

قوله: (ولو انكسر السهم بنصفين فأصاب بالمقطع من الذي فيه الفوق حُسب، وإن أصاب بالنصل من الآخر فاشكال).

لو انكسر السهم نصفين من غير تقصير من الرامي كما قيّد به في التذكرة[1]، والظاهر أن أثر هذا القيد إنما يظهر إذا أخطأ، أما مع الاصابة الشديدة فالذي يقتضيه النظر عدم التفاوت في الحكم.

والحاصل أنه إذا إنكسر فأصاب بالمقطع ـ أي موضع الكسر من الذي فيه الفوق إصابة شديدة ـ فهو مصيب وإن أصاب بالنصل فاشكال ينشأ: من أنه لم يبق فيه تحامل الوتر واعتماده المقروع فالمؤثر إنما هو النصف الذي فيه الفوق.

ومن أن اشتداده مع الانكسار واصابته يدل على جودة الرمي وغاية الحذق فيه، والحكم موضع تأمل وإن كان احتسابه ـ إذا كان قوياً شديداً ـ لا يخلو من قوة، ولو أصاب بهما فقد حكى المصنف في التذكرة باحتساب ذلك إصابتين، قال: وكذا لو رمى سهمين دفعة فأصاب بهما، تحسب له إصابتان[2]

* * *

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٧٠.

(٢) التذكرة ٢ : ٣٧٠.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الفصل الثاني: الأحكام

فروع:

القراض

الفصل الأول: في أركانه:

الفصل الثاني: في الأحكام

الفصل الثالث: التفاسخ والتنازع:

الفصل الثاني: أحكام الوكالة:

* * *